

**TANGGUNG JAWAB KOMANDO TERHADAP
PELANGGARAN HAK ASASI MANUSIA (HAM)
YANG BERAT DAN KEJAHATAN PERANG
DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI
INDONESIA**

*(Command responsibility towards the gross Violation of Human Rights
and War Crimes in the frame work of the reform of Indonesian penal law)*

THESIS

Disusun dalam rangka memenuhi
Persyaratan untuk menyelesaikan Program magister Ilmu Hukum

Oleh :
VONNY A. WONGKAR, SH
NIM: B4A.000 082

Pembimbing:
Prof. DR. Barda Nawawi Arief, SH

**PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG 2006**

**TANGGUNG JAWAB KOMANDO TERHADAP PELANGGARAN HAK
ASASI MANUSIA (HAM) Yang BERAT DAN KEJAHATAN PERANG
DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA**
*(Command responsibility towards the gross Violation of Human Rights
and War Crimes in the frame work of the reform of Indonesian penal law)*

Disusun Oleh

**VONNY A. WONGKAR, SH
NIM. B4A.000082**

Dipertahankan di depan Dewan penguji

Pada tanggal 24 Agustus 2006

Thesis ini telah diterima sebagai persyaratan memperoleh
gelar Magister Ilmu Hukum

Pembimbing,

**Mengetahui
Ketua program magister Ilmu Hukum
Universitas Diponegoro**

Prof. DR. Barda Nawawi Arief, SH
NIP.130.350.519

Prof. DR. Barda Nawawi Arief, SH
NIP.130.350.519

KATA PENGANTAR

Puji syukur penulis panjatkan kehadirat Tuhan Yang Maha Esa, atas segala limpahan karunia dan rahmatnya sehingga atas kehendaknya maka penulis dapat menyelesaikan thesis dengan judul : **“Tanggung Jawab Komando Terhadap Pelanggaran Hak Asasi Manusia (HAM) Yang Berat dan Kejahatan Perang Dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia”**. (*Command responsibility towards the gross Violation of Human Rights and War Crimes in the frame work of the reform of Indonesian Penal law*).

Meskipun telah berusaha semaksimal mungkin, dengan bimbingan dan masukan yang penulis dapatkan dari berbagai pihak selama melakukan penelitian dalam penulisan thesis ini, namun penulis menyadari bahwa thesis ini adalah jauh dari sempurna dan memiliki banyak kekurangan. Adapun kekurangan-kekurangan tersebut semata-mata disebabkan oleh kekurangan dan keterbatasan yang penulis miliki. Oleh karena itu penulis terbuka dan menerima setiap masukan konstruktif yang diperlukan bagi penyempurnaan thesis ini.

Pada kesempatan ini penulis menghaturkan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada :

1. Bapak Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH, selaku Ketua Program Magister Ilmu Hukum UNDIP yang dalam kapasitasnya sebagai Pembimbing yang

telah meluangkan waktunya untuk membimbing penulis untuk penulisan thesis ini;

2. Bapak Dr. Paulus Hadisoeparto, SH, MH dan Bapak Dadang, SH, MH yang telah melakukan *review* thesis ini sehingga menjadi lebih baik;
3. Bapak dan Ibu dosen Program Magister Ilmu Hukum UNDIP Semarang yang telah memberikan ilmu, serta seluruh staff administrasi yang telah banyak membantu demi kelancaran thesis ini;
4. Bapak DR. R. Rumokoy, SH selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Sam Ratulangi Manado, serta Bapak Prof. A. Dapu, SH yang telah memberikan kesempatan kepada penulis untuk melanjutkan pendidikan ke jenjang S2;
5. Putra-putriku yang tersayang dan suamiku yang tercinta Fadillah Agus, SH, MH, serta mama, mertua, bahkan saudara-saudaraku yang selalu menanti dan membantu serta memotivasi penulis selama menempuh pendidikan sampai selesai penulisan thesis;
6. Rekan-rekan Sistem Peradilan Pidana (SPP) pagi Program Magister Ilmu hukum UNDIP angkatan 1999-2000 sebagai teman diskusi selama menempuh pendidikan, serta teman-temanku pengajar Fakultas hukum Universitas Sam Ratulangi Manado yang memberikan dorongan untuk penyelesaian thesis ini;

Akhir kata hanya kepada Allah YME penulis serahkan. Semoga thesis ini bermanfaat bagi kita semua, dalam pengembangan ilmu hukum pidana selanjutnya. Amin.....

Semarang,...Agustus 2006

ABSTRACT

The doctrine of command responsibility have been exist long time ago, which then regulated at the Haque Convention IV of 1907. Further, this doctrine has been used by IMT (Tokyo and Nuremberg Trial), Statutes of ICTY, ICTR and ICC. Within the national context, firstly, the Act of doctrine of command responsibility has been adopted by the Act of Human Rights Court No. 26 of 2000. From the development of human rights and international humanitarian law point of view, there are some substantial things which have not accommodated i yet in the Indonesian law, particularly of the Code Penal (KUHP). Those are genocide, war crimes and crimes against humanity. Neither the doctrine of command responsibility. The command responsibility have to be regulated in the national law as in fact there are many of the most serious crimes are related with the criminal responsibility of the military commander or civilian superior.

The objective of this study is to examine the implementation of command responsibility doctrine on the cases of the gross violations of human rights in Indonesia, in particular of East Timor (after the ballot) and Tanjung Priok cases. This study also has the aims to have some learnt on the regulation of command responsibility doctrine implemented for the gross violations of human rights within the context of the review of the Indonesian criminal law draft.

The approach used in this study in normative-juridical approach which is supported by other approaches, i.e. comparative-juridical, documentation-historical and theoretic-juridical. The main data used is secondary. The analysis applied was normative kualitatif, however, fom the analytical framefork it is classified as the research on positive law inventory and the research on the principles of law.

The result of study shown that there is an inconsistency of the law enforcement (officials) in the implementation of command responsibility to the gross violation of human rights cases in East Timor and Tanjung Priok. This is because among others, each judge panels have different opini3n regarding the nature of command responsibility whether as omission delict or as a comisi3n delict. In cases of Tanjung Priok the attorney were applied the rules of the penal code which are not regulates the "*extra ordinary crimes*". In the konteks of national Criminal Act reform have been regulates the criminal responsibility whether for the gross vialation of Human Rights or for the War Crimes. But the for mulation in the Article 401 of the draft penal Code 2005 is not the same with the Article 28 of ICC where the fording of "criminally responsibility" is eliminated which meanf the responsibility of the Military Commander can be administrative or disciplinary. This is also give the inpression that responsibility of the civilian superior is more than the Military Commander.

Key words : Command responsibility. the criminal reform.

ABSTRAK

Doktrin tanggung jawab komando telah ada sejak dahulu kala, yang kemudian diatur antara lain dalam Konvensi Den Haag IV tahun 1907. Doktrin ini kemudian juga digunakan dalam IMT (Tokyo Tribunal dan Nuremberg Tribunal), Statuta ICTY, Statuta ICTR dan Statuta ICC. Di lingkup nasional doktrin ini diatur pertama kali dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Ditinjau dari aspek perkembangan hukum HAM dan hukum humaniter dewasa ini, ada beberapa hal substansial yang belum terwadahi didalam hukum nasional, khususnya KUHP, yang belum mengatur kejahatan-kejahatan paling serius yaitu, genosida, kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan. KUHP juga belum mengatur tentang tanggung jawab komando. Tanggung jawab komando perlu diatur dalam hukum nasional karena pada kenyataannya banyak kejahatan-kejahatan paling serius yang berhubungan dengan tanggung jawab pidana seorang komandan militer atau atasan sipil.

Penelitian dalam rangka penulisan thesis ini bertujuan untuk mengetahui penerapan tanggung jawab komando dalam kasus-kasus pelanggaran berat HAM di Indonesia, khususnya kasus Timor Timur (pasca jejak pendapat) serta kasus Tanjung Priok. Penelitian ini juga bertujuan untuk mengetahui pengaturan tanggung jawab komando terhadap kasus pelanggaran HAM yang berat dalam konteks pembaharuan hukum pidana nasional.

Pendekatan penelitian yang digunakan adalah pendekatan yuridis normatif yang ditunjang dengan beberapa bentuk pendekatan, yaitu pendekatan yuridis-komparatif, pendekatan historis-dokumenter, dan pendekatan yuridis-teoritis. Data utama penelitian menggunakan data sekunder. Analisa yang digunakan adalah normatif kualitatif, namun kerangka acuan analisisnya tergolong inventarisasi hukum positif, penelitian terhadap asas-asas hukum.

Hasil penelitian menunjukkan tidak adanya konsistensi para aparat penegak hukum dalam menerapkan doktrin tanggung jawab komando pada kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat di Timor Timur dan Tanjung Priok. Hal ini antara lain disebabkan masing-masing Majelis Hakim berbeda pendapat mengenai sifat dari tanggung jawab komando apakah sebagai delik omisi atau sebagai delik komisi. Dalam kasus Tanjung Priok pihak JPU dalam menerapkan ketentuan-ketentuan yang mengatur tentang tanggung jawab komando menimbulkan persoalan hukum, dengan menggunakan dasar dakwaannya berpedoman pada ketentuan pada KUHP, yang tidak mengatur tentang "*extra ordinary crimes*". Dalam konteks pembaharuan hukum pidana nasional, sudah mengatur tanggung jawab komando baik dalam pelanggaran HAM yang berat maupun kejahatan perang. Namun perumusannya dalam Pasal 401 RKUHP 2005 belum secara sempurna seperti yang terdapat dalam Pasal 28 ICC. Antara lain dengan ditiadakan kata "secara pidana" maka pertanggungjawaban seorang komandan militer bisa secara administratif atau disiplin. Hal ini juga memberi kesan seolah-olah tanggung jawab atasan sipil lebih berat daripada pertanggungjawaban komandan militer..

Kata Kunci : Tanggung jawab komando. pembaharuan hukum pidana

DAFTAR ISI

	Halaman
LEMBAR PENGESAHAN	i
KATA PENGANTAR.....	ii
ABSTRACT	iv
ABSTRAK.....	v
DAFTAR ISI	Vi
 BAB I PENDAHULUAN	
A Latar Belakang Penelitian.....	1
B Perumusan Masalah	13
C. Maksud Dan Tujuan Penelitian.....	13
D. Manfaat Hasil penelitian	14
E Kerangka pemikiran.....	15
F Metode Penelitian	21
G. Sistematika Penulisan	23
 BAB II TINJAUAN PUSTAKA	
A Konsep Pertanggungjawaban Pidana	25
a. Perbuatan Pidana	31
b. Mampu Bertanggungjawab	38
c. Kesalahan	40
d. Tidak Ada Alasan Pemaaf	44
B Pengertian Dan perkembangan Tanggungjawab Komando Terhadap Pelanggaran HAM Yang berat Yang Terkait Kejahatan Perang Dalam Hukum Internasional....	50
1. Pengertian Tanggung jawab Komandan Menurut Hukum Internasional.....	50
2. Perkembangan Tanggung Jawab Komando Terhadap pelanggaran berat HAM Dan Kejahatan Perang Dalam Hukum Internasional.....	54

C	Pembaharuan Hukum Pidana Nasional	68
1.	Pembaharuan Substansi KUHP	69
2.	Upaya Pembentukan KUHP (Baru)	74
3.	Pembaharuan Sistem Pertanggungjawaban Pidana.....	77
a.	Konsep asas kesalahan.....	78
b.	Penyimpangan asas kesalahan	81
1.	Konsep <i>strict liability</i> (pertanggungjawaban yang ketat	81
2.	Konsep <i>vicarious liability</i> (pertanggungjawaban pengganti).....	83
3.	Konsep pertanggungjawaban Korporasi.....	85
BAB III	HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	
A	Penerapan Tanggung Jawab Komando dalam Kasus-kasus Pelanggaran HAM Yang Berat Di Indonesia.....	89
1.	Pengaturan Tanggung jawab Komando Dalam Hukum Positif	89
2.	Penerapan Tanggung Jawab Komando Dalam Putusan Pengadilan HAM Ad Hoc	109
a.	Kasus Pelanggaran HAM Yang Berat di Timor Timur	109
b.	Kasus Pelanggaran HAM Yang Berat di Tanjung Priok	122
B	Pengaturan Tanggung jawab Komando Dalam Pelanggaran Berat HAM, kejahatan perang Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional.....	135
a.	Konsep-konsep yang Berkaitan Dengan Tanggung jawab Komando dalam hukum Pidana/RKUHP.....	135
b.	Pertanggungjawaban Komandan/Atasan Berdasarkan Penyimpangan Asas <i>Culpabilitas</i>	150

1. Pertanggungjawaban berdasarkan Asas <i>Strict Liability</i> dan asas <i>Vicarious Liability</i>	150
a. Asas <i>Stric Liability</i>	154
b. Asas <i>Vicarious Liability</i>	156
2. Pertanggungjawaban Korporasi.....	160
 BAB IV PENUTUP	
Kesimpulan.....	168
Saran-saran.....	171
Daftar Pustaka	
Lampiran	
1. Data penyelesaian perkara pelanggaran HAM Yang berat di Timor Timur	
2. Data penyelesaian perkara pelanggaran HAM Yang Berat di Tanjung Priok	

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar belakang Penelitian

Bangsa Indonesia disaat memproklamasikan kemerdekaannya belum mempunyai perangkat peraturan perundang-undangan yang lengkap. Baru pada tanggal 18 Agustus 1945 dengan diundangkan UUD 1945 yang memuat aturan-aturan pokok. Untuk mengisi kekosongan hukum, maka Aturan Peralihan UUD 1945 menetapkan berlakunya aturan-aturan yang sudah ada sebelumnya.¹

Berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 maka Hukum Pidana (WvS) diberlakukan di Negara Kesatuan Republik Indonesia. Walaupun mempunyai dasar hukum untuk diberlakukan WvS di Indonesia (yaitu aturan peralihan pasal II) namun demikian jelas ini suatu kondisi yang tidak menguntungkan bagi bangsa kita, bagaimanapun hukum yang dibuat oleh Belanda yang notabene adalah bangsa asing, tidak akan bisa mencerminkan aspirasi bangsa Indonesia secara umum. Usaha untuk mengganti hukum warisan kolonial Belanda bukannya tidak pernah dilakukan. Usaha itu telah dirintis dan terus dilakukan, salah

¹ Lihat Pasal II Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan, bahwa “segala badan Negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut undang-undang dasar ini”. Lihat juga Soedarto dalam *Simposium Pembaharuan hukum pidana Nasional, yang diselenggarakan oleh BPHN-UNDIP, tgl 28-30 Agustus 1980*, di Semarang yang menyatakan, Dengan demikian, hukum pidana yang berlaku pada saat itu ialah yang digunakan selama masa pendudukan bala tentara Jepang. Namun disamping itu dalam hukum pidana material, *Wetboek van Strafrecht voor Nederlands-Indie* masih tetap berlaku. Adapun peraturan yang ada pada masa pendudukan Jepang adalah semacam KUHP yang mereka sebut *Gunsei Keizirei*.

satunya yang sampai sekarang belum selesai adalah pembaharuan KUHP.

Adapun WvS (selanjutnya disebut KUHP / Kitab Undang-undang Hukum Pidana) kemudian diberlakukan dengan UU nomor 1 tahun 1946 yang ditetapkan pada tanggal 26 Pebruari 1946. Adapun bunyi dari pada UU ini adalah: “menimbang, bahwa sebelum dapat melakukan pembentukan UU hukum pidana baru, perlu peraturan hukum pidana yang disesuaikan dengan keadaan sekarang”. Dengan demikian maka UU ini merupakan peraturan peralihan, yang memuat hukum transitoir, yang tampak dalam pasal I, yang menetapkan, “bahwa peraturan-peraturan hukum pidana yang sekarang berlaku ialah peraturan-peraturan hukum pidana yang ada pada tanggal 8 maret 1945”. Pada tanggal tersebut, yang berlaku ialah peraturan hukum pidana Belanda, akan tetapi dalam pasal II Undang-undang tersebut ditegaskan bahwa, semua peraturan hukum pidana yang dikeluarkan oleh panglima bala tentara Hindia Belanda dicabut, antara lain peraturan hukum pidana yang memuat ancaman pidana, dalam larangan menimbun barang.²

Sehubungan dengan itu ada juga produk perundang-undangan yang memperbaharui kemudian dimasukkan kedalam pasal-pasal KUHP. Misalnya antara lain, UU No. 20 tahun 1946 yang menambah jenis pidana pokok dengan satu pidana baru yaitu mengenai tentang Pidana Tutupan, UU No. 73 tahun 1958 yang mengadakan beberapa perubahan

² Soedarto, *Ibid* hal 36.

dalam Bab I buku II KUHP, UU No. 4 tahun 1976 tentang Kejahatan Penerbangan. Berdasarkan beberapa UU tersebut kemudian pasal-pasal yang ada didalam KUHP ditambah dan dilengkapi.³.

Disamping peraturan perundangan tersebut diatas, juga yang merupakan delik khusus adalah pelanggaran HAM (Hak Asasi Manusia) sebagaimana diatur dalam UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM. Dalam perkembangan hukum pidana di Indonesia, terutama setelah peristiwa Timor Timur, permasalahan pelanggaran HAM banyak dibahas oleh para ahli. Selanjutnya dengan mengacu kepada UU nomor 39 tahun 1999 dan UU nomor 26 tahun 2000 (Pengadilan HAM), maka dikenal dua bentuk pelanggaran HAM, yaitu pelanggaran HAM biasa dan pelanggaran HAM berat. Dalam UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, pengertian Pelanggaran HAM terdapat dalam Pasal 1 butir 6 dan pengertian Pelanggaran HAM Berat terdapat dalam penjelasan UU No. 39 tahun 1999 yaitu dalam Pasal 104 ayat 1.

Pasal 1 butir 6 menyatakan :

Pelanggaran HAM adalah setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh UU ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.

³ Lihat selengkapnya antara lain dalam Soedarto, *Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, 1986, Binacipta, diselenggarakan oleh BPHN-UNDIP, 28-30 Agustus, hal.36-46.

Di dalam penjelasan UU No. 39 Tahun 1999 mengenai pengertian pelanggaran HAM berat diuraikan dalam Pasal 104 ayat 1 menyatakan :

Pelanggaran HAM yang berat adalah pembunuhan massal (*genocide*), pembunuhan sewenang-wenang atau diluar putusan pengadilan (*arbitrary/extra judicial killing*), penyiksaan, penghilangan orang secara paksa, perbudakan, deskriminasi yang dilakukan secara sistematis⁴ (*systematic descrimination*).⁵

Pasal 104 ayat (1) dari UU nomor 39 tahun 1999 ini, berbeda dengan pengertian pelanggaran HAM berat yang dimaksud dalam UU nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Dalam UU tersebut dijelaskan pelanggaran HAM berat meliputi; *genocide* dan kejahatan terhadap kemanusiaan (Pasal 7). Uraian pengertian dari kedua hal tersebut terdapat dalam Pasal 8 dan 9).

Pasal 8 menyatakan *genocide* adalah :⁶

setiap perbuatan yang dinyatakan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan sebagian atau seluruh kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama, dengan cara:

- a. Membunuh anggota kelompok;
- b. Mengakibatkan penderitaan fisik/mental berat terhadap antar anggota kelompok;
- c. Menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan fisik baik seluruh atau sebagiannya;
- d. Memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan untuk mencegah kelahiran didalam kelompok lain atau;

⁴ Sistematis berarti benar-benar terorganisir atau terencana dan mengikuti suatu pola regular yang berdasarkan suatu kebijakan pejabat public atau perorangan, dan kebijakan tersebut tidak diharuskan merupakan bagian dari kebijakan Negara. Paul Dalton, dalam makalah "Konsep Serangan yang meluas atau sistematis terhadap penduduk sipil, dalam seminar *Advanced training for Indonesian Human Rights Courts: "judging International Crimes Under law 26/2000"* yang diselenggarakan oleh Mahkamah Agung RI-Danish Institute for Human Rights. Medan 24-26 April 2005.

⁵ Lihat UU No. 39 tahun 1999.

⁶ Lihat UU No. 26 tahun 2000.

- e. Memindahkan secara paksa anak-anak kelompok tertentu kekelompok lain.

Pasal 9 menyatakan kejahatan terhadap kemanusiaan adalah:⁷

Salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian atau serangan yang meluas atau sistematik yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil. Berupa:

- a. Pembunuhan;
- b. Pemusnahan;
- c. Perbudakan;
- d. Pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa;
- e. Perampasan kemerdekaan/perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar asas-asas ketentuan pokok hukum Internasional;
- f. Penyiksaan;
- g. Perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa, atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara;
- h. Pengayaman terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan politik, kebangsaan, ras agama, etnis, budaya, agama, jenis kelamin, atau alasan lain yang diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum Internasional;
- i. Penghilangan orang secara paksa;
- j. Kejahatan aperseid.⁸

Perihal pelanggaran HAM berat kemudian semakin mengemuka setelah adanya Pengadilan HAM Ad Hoc Timor Timur dan Tanjung Priok.

Pengadilan HAM Ad Hoc ini dibentuk berdasarkan Keputusan Presiden

⁷ *ibid*

⁸ Hal ini dalam Konvensi Internasional 1973 tentang Penindasan dan hukuman terhadap *Apartheid* menyatakan apartheid sebagai suatu pelanggaran yang dapat dipertanggungjawabkan secara individu. Konvensi ini juga mendeskripsikan apartheid sebagai sebuah rangkaian tindakan tanpa perikemanusiaan yang dilakukan untuk membangun dan mempertahankan dominasi kelompok ras tertentu terhadap kelompok ras lainnya dan secara sistematik melakukan penindasan terhadap mereka. Konvensi ini juga menyatakan bahwa *apartheid* sebagai tindak kejahatan terhadap kemanusiaan. Dalam Protokol Tambahan I Konvensi Jenewa *apartheid* digolongkan sebagai pelanggaran yang serius atau berat (*Grave breaches*). Lihat dalam buku *Crimes of War, What the Public Should Know*, Editor: Roy Gutman dan David Rieff, 2004, Program pelatihan Jurnalistik Televisi (PJTV-Internews Europe), Hal.30.

nomor 53 tahun 2001 yang kemudian disempurnakan dengan Keppres nomor 96 tahun 2001. Sebagaimana diketahui bahwa berdasarkan UU nomor 26 tahun 2000 ada dua bentuk Pengadilan HAM, yaitu Pengadilan HAM permanen (biasa) dan Pengadilan HAM Ad Hoc. Keduanya berada dibawah lingkungan Peradilan Umum. Sampai saat ini ada empat Pengadilan HAM permanen yang telah dibentuk, yaitu di Medan, Jakarta, Surabaya dan Ujung Pandang yang masing-masing telah diatur wilayah yurisdiksinya.

Adapun Pengadilan HAM Ad Hoc dibentuk khusus untuk kasus tertentu yang terjadi sebelum diterbitkannya UU No. 26 / 2000. Dengan demikian Pengadilan HAM Ad Hoc ini mengecualikan prinsip non-retroaktif.⁹ Menurut UU 26/2000, Pengadilan HAM Ad Hoc ini dibentuk oleh Keppres berdasarkan saran dari DPR.

Kasus-kasus yang diperiksa dalam Pengadilan HAM Ad Hoc Timor Timur dan Tanjung Priok umumnya adalah kejahatan yang disebut dengan pelanggaran HAM yang berat. Terdakwa yang diadili antara lain Mayjend. TNI Adam Damiri (Panglima KODAM IX/Udayana yang juga membawahi Timor Timur pada waktu itu), Brijend TNI Noer Muis (yang pada waktu itu menjabat sebagai Danrem di Timtim), Brigjend (Pol)

⁹ Prinsip non-retroaktif adalah prinsip yang berlaku secara umum didalam hukum pidana. Menurut prinsip ini hukum pidana tidak dapat diberlakukan surut. Ketentuannya antara lain diatur dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP. Hal ini kemudian juga ditetapkan dalam amandemen UUD 1945. Namun dalam praktek kemudian ada beberapa kasus yang mengecualikan prinsip non-retroaktif ini. Dilingkungan internasional misalnya Pengadilan Nuremberg dan Tokyo mengecualikan prinsip non-retroaktif. Begitu juga dalam pengadilan ICTY dan ICTR. Dilingkungan nasional pengecualian prinsip non-retroaktif ini diterapkan dalam Pengadilan HAM Ad Hoc Timor Timur dan Tanjung Priok.

Timbul Silaen (yang pada waktu itu menjabat sebagai KAPOLDA Timor Timur) Gubernur Timor Timur Abilio Soares dan Eurico Guterres (Pimpinan Pasukan Milisi pro-Indonesia). Sedangkan dalam peristiwa Tanjung Priok yang diadili antara lain Mayjend TNI Sriyanto, Mayjend (Purn) Sidabutar, dan Kapten Mascung.

Pengadilan HAM Ad Timor timur, sampai saat ini Keputusan (pengadilan) sampai ditingkat kasasi adalah membebaskan para terdakwa. Beberapa kasus, antara lain Brigjend (Pol) Timbul Silaen, diputus bebas pada pengadilan tingkat pertama. Adapun yang masih dalam status terhukum, dan sekarang ini kasasinya sedang diperiksa oleh Majelis Hakim Kasasi, adalah Eurico Guterres.

Sedangkan untuk kasus-kasus yang diperiksa oleh Pengadilan HAM Ad Hoc Tanjung Priok sampai saat ini masih berlangsung proses peradilannya. Untuk Mayjend. TNI Sriyanto diputus bebas oleh Pengadilan tingkat pertama, dan kemudian Jaksa mengajukan banding. Sedangkan untuk Kapten Mascung dihukum oleh Pengadilan tingkat pertama, dan kemudian terdakwa mengajukan banding.

Sejak dimulainya pemeriksaan kasus-kasus oleh Pengadilan HAM Ad Hoc Timor Timur maka khasanah tentang pelanggaran HAM yang berat banyak dibahas dan didiskusikan oleh para akademisi dan praktisi hukum. Hal ini dapat dipahami karena persoalan mengenai pelanggaran HAM berat ini relative merupakan sesuatu yang baru dalam dunia hukum di Indonesia.

Disamping persoalan tentang pelanggaran HAM berat, sebenarnya ada satu kejahatan lagi yang juga kemudian banyak dibahas oleh para ahli, yaitu kejahatan perang (*war crimes*). Meskipun kejahatan perang tidak termasuk yurisdiksi dari Pengadilan HAM, namun masalah ini banyak dibicarakan karena hal ini diatur didalam Statuta *International Criminal Court (ICC)*. Sebagaimana diketahui bahwa pada dasarnya yurisdiksi Pengadilan HAM Ad Hoc adalah mengikuti yurisdiksi Pengadilan ICC, hanya saja untuk kejahatan perang kemudian ditiadakan untuk Pengadilan HAM Ad Hoc.

Sedangkan dilingkungan internasional, yaitu di pengadilan *International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia (ICTY)* dan pengadilan *International Criminal Tribunal for The Former Rwanda (ICTR)*, kejahatan perang termasuk didalam yurisdiksinya. Banyak ahli yang mempertanyakan mengapa UU 26 / 2000 mengecualikan kejahatan perang dalam yurisdiksi Pengadilan Ham Ad Hoc, terutama untuk kasus Timor Timur. Sebagian ahli berpendapat bahwa yang terjadi di Timtim adalah sengketa bersenjata non internasional (antara Indonesia melawan Fretilin), sehingga yang terjadi disana adalah kejahatan perang.¹⁰

Memperhatikan kasus-kasus yang diperiksa pada Pengadilan HAM Ad Hoc Timor Timur dan Tanjung Priok, umumnya para terdakwa dituntut juga berdasarkan prinsip tanggung jawab komando. Tentang tanggung jawab komando ini adalah suatu konsep hukum yang telah lama

¹⁰ Lihat antara lain dalam pertimbangan Majelis Hakim tingkat pertama untuk kasus Gubernur Abilio Soares. Dalam pertimbangannya Majelis Hakim berpendapat bahwa yang terjadi di Timor Timur adalah sengketa bersenjata non-internasional.

berkembang didalam hukum pidana internasional. Antara lain dapat dilihat penerapan prinsip tanggung jawab komando ini pada kasus-kasus di Mahkamah Tokyo dan Nuremberg (setelah Perang Dunia II). Begitu juga tanggung jawab komando ini diatur didalam Statuta ICTY, ICTR dan ICC.

Dalam lingkup hukum nasional, masalah tanggung jawab komando ini juga diatur dalam Pasal 42 UU 26/2000. Oleh karena itu khasanah pembahasan pelanggaran HAM yang berat dilingkungan praktisi dan akademisi di tanah air bersamaan pembahasannya dengan persoalan tanggung jawab komando dan kejahatan perang.

Berkaitan dengan hal tersebut di atas, ditinjau dari aspek perkembangan hukum HAM dan hukum humaniter yang terjadi dewasa ini, baik ditingkat internasional maupun nasional, maka ada beberapa hal substansial yang belum terwadahi didalam KUHP. Misalnya didalam KUHP yang berlaku sekarang belum juga memasukkan kejahatan-kejahatan berat seperti, genosida, kejahatan perang, serta tanggung jawab komando.

Permasalahan pelanggaran HAM berat, antara lain genosida serta kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang, sebagaimana diuraikan dimuka, merupakan permasalahan yang banyak dibahas oleh berbagai kalangan dewasa ini. Dalam konteks internasional dapat dilihat misalnya persoalan ini mengemuka dalam peradilan di Mahkamah Tribunal Ad Hoc. eks- Yugoslavia (ICTY) dan Mahkamah Tribunal Ad Hoc. Rwanda (ICTR).

Ketentuan yang mengatur tentang genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang diatur didalam Pasal 6, 7 dan 8 Statuta ICC. Di dalam pasal-pasal ini diuraikan kejahatan-kejahatan apa saja yang dapat dikategorikan sebagai genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang. Kejahatan-kejahatan tersebut diatas diatur didalam Pasal 2, 3, 4 dan 5 statuta ICTY. Hanya saja ada sedikit perbedaan, dimana pada statuta ICTY untuk kejahatan perang dibagi dalam dua bentuk yaitu pelanggaran berat terhadap Konvensi-konvensi Jenewa 1949 (*grave breaches of Geneva Conventions 1949*) yang diatur dalam Pasal 2 statuta ICTY dan pelanggaran terhadap hukum atau kebiasaan perang (*violations of laws or customs of war*) yang diatur dalam Pasal 3 statuta ICTY.

Selanjutnya dapat dilihat pengaturan mengenai kejahatan-kejahatan tersebut di atas di dalam Pasal 2, 3 dan 4 Statuta ICTR. Pasal 2 statuta ICTR mengatur mengenai genosida, kemudian Pasal 3 nya mengatur tentang kejahatan terhadap kemanusiaan. Dalam hal kejahatan perang, Pasal 4 Statute ICTR merumuskannya sebagai pelanggaran terhadap Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949. Perumusan seperti ini dapat dipahami karena yang terjadi di Rwanda adalah sengketa bersenjata non-internasional, yang pengaturannya diatur oleh Pasal 3 Konvensi-konvensi Jenewa 1949.

Kasus-kasus yang terkenal didalam peradilan ICTY antara lain kasus Celibici, sedangkan di ICTR antara lain yang terkemuka adalah

kasus Jean Kambanda. Celibici dituduh melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan, sedangkan Jean Kambanda didakwa melakukan kejahatan genosida. Di dalam dua kasus ini juga dapat dilihat diterapkannya prinsip tanggung jawab komando.

Masalah tanggung jawab komando ini bukanlah sesuatu yang berlaku dilingkungan militer saja. Untuk lingkungan sipil hal ini juga berlaku, yang kadang-kadang diberi nama lain yaitu tanggung jawab atasan sipil. Dalam kasus Timor Timur misalnya prinsip tanggung jawab komando ini juga dijadikan dasar penuntutan oleh Jaksa terhadap terdakwa Abilio Soares (Gubernur Timor Timur) dan Eurico Guterres (pimpinan milisi Timor Timur).

Pembaharuan hukum pidana yang kini tengah digodok oleh pihak Pemerintah merupakan bagian dari pembaharuan hukum nasional. Termasuk didalam pembaharuan hukum pidana ini adalah perubahan atas KUHP yang sekarang berlaku. Hal yang sudah pasti bahwa KUHP yang sekarang berlaku adalah KUHP yang dibuat oleh penguasa kolonial pada abad 19 sehingga secara filosofis, sosiologis maupun substansinya sudah tidak lagi dapat memenuhi rasa keadilan yang sekarang berlaku di masyarakat Indonesia.

Persoalan mengenai pelanggaran HAM yang berat (genosida, dan kejahatan terhadap kemanusiaan) serta kejahatan perang dan tanggung jawab komando tidak diatur didalam KUHP yang sekarang berlaku. Oleh karena itu dalam rangka pembaharuan hukum pidana maka hal ini juga

perlu diatur sesuai dengan perkembangan konsep-konsep dan nilai hukum yang berlaku.

Masalah tanggung jawab komando (*command responsibility*), pelanggaran HAM berat (*gross violations of human rights*) khususnya genosida (*genocide*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*) dan kejahatan perang (*war crimes*) merupakan konsep-konsep yang berkembang dalam hukum internasional. Masalah tanggung jawab komando misalnya mulai mengemuka sejak adanya pengadilan terhadap penjahat perang setelah Perang Dunia II di Tokyo dan Nuremberg. Kemudian konsep-konsep tersebut berkembang dan disempurnakan dalam beberapa instrument hukum internasional. Misalnya dapat disebut disini adalah Statuta ICTY, ICTR dan ICC.

Ketentuan-ketentuan yang berkembang dilingkup internasional tersebut kemudian diadopsi dan diberlakukan didalam hukum pidana dari beberapa negara.¹¹ Indonesia adalah salah satu negara yang kemudian mengadopsi ketentuan-ketentuan tersebut kedalam hukum nasionalnya, yang dalam hal ini adalah UU nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Ternyata dalam prakteknya banyak penerapan konsep-konsep hukum internasional tersebut di dalam hukum nasional Indonesia tidak berlangsung mulus. Banyak kritik yang disampaikan oleh para ahli hukum berkenaan dengan misalnya penerapan konsep tanggung jawab komando

¹¹ Penjelasan lebih lanjut mengenai praktek negara-negara ini lihat antara lain dalam Barda Nawawi Arief, "*Formulasi Kejahatan Perang Dalam Perundang-undangan Nasional*", Paper Seminar UNISBA-ICRC, Bandung 12 Juli 2005.

dan pelanggaran HAM yang berat didalam UU nomor 26 tahun 2000. Begitu pula tidak sedikit kritik yang mempertanyakan mengapa sampai saat ini Indonesia belum mengatur tentang kejahatan perang didalam hukum nasionalnya. Oleh karena itu maka dalam rangka pembaharuan hukum pidana nasional, khususnya dalam rangka penyusunan naskah KUHP, maka perlu dilakukan pengkajian bagaimana sebaiknya konsep-konsep hukum internasional tersebut diatur didalam hukum pidana nasional.

B. Perumusan Masalah

Bertolak dari latar belakang yang telah diuraikan, maka permasalahan yang dirumuskan untuk penyusunan thesis ini adalah :

1. Bagaimana praktek penerapan Tanggungjawab Komando dalam kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat di Indonesia?
2. Bagaimana pengaturan tanggung jawab komando terhadap pelanggaran HAM yang berat dan kejahatan perang dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia?

C. Maksud dan Tujuan Penelitian

Berdasarkan permasalahan, maka maksud dan tujuan penelitian adalah:

1. Untuk mengetahui dan menjelaskan tentang penerapan tanggungjawab komando dalam kasus-kasus pelanggaran HAM berat di Indonesia.

2. Untuk mengetahui serta menjelaskan pengaturan tanggungjawab komando terhadap pelanggaran HAM yang berat dan kejahatan perang dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

D. Manfaat Hasil Penelitian

a. Dari segi praktis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran bagi pengambil kebijakan baik dalam tahap legislatif maupun aplikatif dalam pembaharuan hukum pidana nasional khususnya yang berkaitan dengan substansi tanggungjawab komando terhadap kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat dan kejahatan perang.

b. Dari segi teoritis

Penelitian ini sebagai upaya pengembangan wawasan bagi peneliti dalam ilmu pengetahuan, khususnya dalam pembaharuan hukum pidana nasional, khususnya yang berkaitan dengan substansi tanggungjawab komando terhadap kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat dan kejahatan perang.

E. Kerangka Pemikiran.

Di dalam masyarakat yang sedang mengalami modernisasi¹², perkembangan itu akan diikuti oleh perkembangan lainnya, antara lain dibidang hukum. Perubahan yang terjadi akibat perkembangan itu akan mengakibatkan perubahan nilai. Dalam pengertian yuridis, perubahan nilai menyebabkan perubahan nilai yuridis. Dalam hal ini Oemar Seno Adji mengatakan bahwa:

perubahan atau pembaharuan dalam perundang-undangan di dunia adalah sesuai dengan petunjuk-petunjuk yang diberikan untuk mengadakan kriminalisasi¹³ perbuatan, yang digandengkan dengan permasalahan dekriminalisasi¹⁴ ataupun depenalisasi.

Berbicara mengenai pembaharuan hukum pidana sebaiknya terlebih dahulu, harus mengetahui makna dan hakekat dari pembaharuan tersebut. Makna dan hakekat tersebut berorientasi pada pendekatan kebijakan (*policy-orientad approach*) dan pendekatan yang berorientasi

¹² Modernisasi diartikan sebagai proses penyesuaian diri dengan keadaan kontelasi dunia pada waktu ini, Sudarto, 1983, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana*, Sinar Baru, Bandung, hal 27.

¹³ Kriminalisasi perbuatan disini maksudnya adalah suatu proses yang menjadikan suatu perbuatan yang tadinya bukan merupakan tindak pidana karena belum diatur didalam UU pidana, kemudian karena perbuatan tersebut dapat mengakibatkan kerugian bagi masyarakat bahkan dapat membahayakan kehidupan manusia, maka dirumuskan di dalam UU hukum pidana dan diancam dengan pidana, sehingga perbuatan dimaksud dinyatakan sebagai tindak pidana. Lihat Sudarto, 1986, *Hukum Dan Hukum Pidana*, Alumi, Bandung hal 31-32.

¹⁴ Oemar Seno Adjie, 1981, *Herziening, Ganti Rugi, Suap, Perkembangan Delik*, Erlangga, jakarta, hal 266.

pada nilai (*value-oriented approach*). Untuk lebih jelas dapat dijelaskan sebagai berikut:¹⁵

1. Dilihat dari sudut pendekatan-kebijakan :

- a. Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah social (termasuk masalah kemanusiaan).
- b. Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan).
- c. Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum.

2. Dilihat dari sudut pendekatan nilai :

Pembaharuan hukum pidana merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofik dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normative dan substantive hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya dalam KUHP baru).

Secara komprehensif, ruang lingkup pembaharuan hukum pidana meliputi; pembaharuan hukum pidana material (substentif), hukum

¹⁵ Barda Nawawi Arief, 1996, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya bandung, hal.31-32.

pidana formal (hukum acara pidana), dan hukum pelaksanaan pidana (*strafvollstreckungsgesets*).¹⁶

Pembaharuan hukum pidana dalam arti material yakni pembaharuan hukum yang mencakup persoalan-persoalan yang berkaitan dengan tiga permasalahan pokok didalam hukum pidana, yakni tentang perbuatan yang dilarang (**apa ?**), orang yang melakukan perbuatan yang dilarang (**siapa ?**), serta pidana/hukuman¹⁷ (**bagaimana ?**). Sedangkan pembaharuan hukum pidana dalam arti formal adalah pembaharuan hukum menyangkut cara bagaimana pelaksanaan/penerapan hukum pidana material dalam praktek hukum sehari-hari menyangkut segala hal yang berkenaan dengan suatu perkara pidana, baik didalam maupun diluar sidang pengadilan.¹⁸

Dengan melihat pengertian tersebut maka persoalan yang dimaksud dalam pembaharuan KUHP disini hanya menyangkut aspek substansi dari hukum pidana. Sehubungan dengan pembaharuan hukum tersebut maka, ada beberapa ukuran teoritis untuk diberlakukan dalam suatu ilmu hukum. Ukuran tersebut mencakup ;¹⁹

¹⁶ Lihat Soedarto, dalam Simposium *Pembaharuan Hukum Pidana nasional*, BPHN-UNDIP, 28-30 Agustus 1980, Di Semarang. Lihat juga Jimly Asshiddigie. *Pembaharuan Hukum Pidana*, Cetakan Pertama, angkasa Bandung, 1995, hal 16.

¹⁷ Menurut kedua guru besar yaitu Moeljatno dan Sudarto bahwa penggunaan kedua istilah tersebut yang paling tepat adalah istilah pidana, karena apabila digunakan istilah hukuman pengertiannya lebih luas daripada pidana, yang berarti tidak hanya mencakup pidana saja, tetapi mencakup juga lapangan hukum perdata dan keputusan hakim, dikutip oleh Barda Nawawi dan Muladi dalam buku *Teori-teori Dan Kebijakan Pidana*, 1998, Alumni Bandung, Hal.1-2.

¹⁸ Zamhari Abidin, *Pengertian dan asas Hukum Pidana dalam Schema dan Synopsis*, 1986, Ghalia Indonesia. Hal 3. lihat juga Ridwan Halim, dalam bukunya *Hukum Pidana Dalam Tanya Jawab*, 1986, Ghalia Indonesia, Hal. 10.

¹⁹ Kriteria ini juga dipakai oleh Jimly Asshiddigie didalam penelitiannya pada Footnote 8, yang mengutip Soerjono Soekanto dalam menilai keberlakuan hukum terdapat di Indonesia, Lihat

1) Keberlakuan juridis

- a) Apabila penentuan berlakunya didasarkan hierarki norma hukum yang tingkatnya lebih tinggi seperti teori Hans Kelsen.
- b) Apabila kaidah hukum tersebut dibentuk menurut cara-carayang telah ditetapkan, seperti dalam teori W.Zevebergen.

2) Keberlakuan secara sosiologis

- a) Apabila kaidah hukum itu diberlakukan atas dasar kekuasaan umum terlepas dari diterima atau tidaknya oleh masyarakat (Macht-teory)
- b) Apabila kaidah hukum tersebut benar-benar diterima dan diakui oleh warga masyarakat (*Anerkennungs-teory*).

3) Keberlakuan secara filosofis.

Suatu kaidah hukum itu dapat dikatakan berlaku secara filosofis apabila kaidah itu sesuai atau tidak bertentangan dengan cita-cita hukum suatu masyarakat sebagai nilai positif tertinggi dalam falsafah hidup masyarakat itu. Dalam hal falsafah hidup masyarakat Indonesia, misalnya yang dijadikan ukuran tentunya adalah falsafah Pancasila yang dalam ilmu hukum dikenal sebagai sumber dari segala sumber hukum.

Dalam Perundang-undangan pidana nasional pada saat ini, belum ada suatu rumusan yang memadai yang mengatur kualifikasi “Tindak Pidana” dari konsep-konsep yang ada dan berkembang dalam Hukum

Soerjono Soekamto, *Masalah kedudukan dan peranan hukum Adat*, Academica, Jakarta, 1979, Hal.5-6.

Pidana Internasional. Antara lain dalam hal ini adalah tentang tanggungjawab komando, kejahatan perang, serta pelanggaran berat HAM. Dalam UU Nomor 26 Tahun 2000 yang dimaksud dengan pelanggaran berat HAM mencakup dua “Tindak Pidana”, yaitu kejahatan *genocide*²⁰ dan kejahatan terhadap kemanusiaan.

Apabila ditelusuri pasal-pasal yang terdapat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), maka tidak ada kualifikasi Tindak Pidana yang dikategorikan sebagai “Kejahatan Perang”²¹. Namun di dalam KUHP ada perumusan beberapa Tindak Pidana (Kejahatan) yang berkaitan dengan perang atau yang dilakukan dalam masa perang, yaitu dalam Bab I Buku II KUHP tentang “Kejahatan terhadap keamanan Negara”. Hal tersebut termuat dalam KUHP antara lain;²²

1. melakukan hubungan dengan negara asing dengan maksud mengerakkannya untuk melakukan perang (Psl. 111 ayat 1);
2. melakukan perbuatan yang membahayakan kenetralan negara dalam masa perang yang tidak melibatkan Indonesia (Psl. 122 ke-1);

²⁰ Berasal dari *Raphael Lemkin*, istilah “*genocide*” berasal dari bahasa Yunani “*Genos*” yang berarti ras/suku, dan “*cide*” (Latin) “pembunuhan”. Hal itu sama artinya dengan “*Ethocide*” (Etho=bangsa dan Cide=pembunuhan), Diane F. Orentlicher, *Crimes of War What the Public Should Know*, PJTV – Internews Europe, 2004, hal.189.

²¹ Menurut *L. Oppenheim* kejahatan perang sebagai “permusuhan yang sedemikian rupa atau tindakan-tindakan militer lainnya atau individu –individu lainnya yang dapat dihukum oleh musuh saat pelaku pelanggaran tertangkap”,sedangkam menurut *Field Manual*, istilah kejahatan perang adalah pernyataan teknis untuk suatu pelanggaran hukum perang oleh seseorang atau orang-orang, militer atau sipil, dan setiap pelanggaran atas hukum perang adalah suatu kejahatan perang, Disampaikan oleh: Natsri Anshari dalam seminar Nasional dengan judul makalah “*Kejahatan perang dalam kaitannya dengan hukum pidana militer*”, diselenggarakan oleh Pusat kajian Hukum Humaniter & hak Asasi Manusia UNISBA-ICRC, Bandung 2005.

²² Disampaikan oleh: Barda Nawawi dalam makalah pada Seminar “*Pengaturan Kejahatan Perang hukum Pidana Nasional*”, diselenggarakan oleh pusat studi hukum Militer STHM”AHM-PTHM, Jakarta, Tgl 22 September 2004.

3. melanggar aturan Pemerintah dalam masa perang (Psl. 122 ke-2);
4. dengan sukarela masuk tentara negara asing yang sedang berperang dengan Indonesia (Psl. 123);
5. dalam masa perang memberi bantuan kepada musuh (Psl. 124:1)
6. memberitahu/menyerahkan peta/rencana/gambar bangunan tentara kepada musuh (Psl. 124:2 ke-1);
7. menjadi mata-mata musuh atau memberi pondokan kepadanya (Psl. 124:2 ke-2);
8. memperlancar timbulnya huru-hara, pemberontakan, desersi di masa perang (Psl. 124:3 ke-2);
9. permufakatan jahat untuk melakukan kejahatan dalam Psl. 124;
10. dalam masa perang, dengan tidak bermaksud membantu musuh, memberi pondokan/menyembunyikan mata-mata musuh (Psl. 126);
11. dalam masa perang, menjalankan tipu muslihat dalam penyerahan barang-barang keperluan AL/AD (Psl. 127);

Selanjutnya mengenai konsep pelanggaran HAM yang berat terdapat beberapa kategori tindak pidana yang dapat dikualifikasikan sebagai pelanggaran HAM yang berat. Oleh beberapa ahli pelanggaran HAM yang berat (*grave breaches of human rights*) ini disebutkan dengan istilah *Gross, Systematic Violations of Human Rights* atau *Consistent Pattern of Human Rights Violations*.²³ Tindak pidana yang termasuk dalam kategori ini antara lain adalah:

²³ Lihat antara lain dalam Rudi Rizki pada Presentasi “*Catatan tentang HAM*”

- Penghilangan orang
- Penyiksaan,
- Pembunuhan sewenang-wenang.

Adapun UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM mengkategorikan beberapa tindak pidana dibawah ini sebagai pelanggaran berat HAM, yaitu :²⁴

- Pembunuhan sewenang-wenang,
- Penyiksaan,
- Penghilangan orang
- Diskriminasi sistematis.

Sedangkan UU 26/2000 tentang Pengadilan HAM mengkategorikan dua tindak pidana sebagai pelanggaran berat HAM, yaitu :

- genosida
- kejahatan terhadap kemanusiaan.

F. Metode Penelitian

1. Pendekatan Permasalahan

Pembahasan atas permasalahan pokok dalam penelitian ini menggunakan Pendekatan “Yuridis Normatif”²⁵ serta ditunjang dengan beberapa bentuk pendekatan, yaitu pendekatan yuridis-komparatif, pendekatan historis-dokumenter, dan pendekatan yuridis-teoritis.

²⁴ Lihat dalam Penjelasan Pasal 104 UU No. 39 tahun 1999.

²⁵ Artinya hukum diidentifikasi sebagai norma peraturan dan UU, bahan kuliah dari Ronny Hanitijo.

2. Jenis Sumber Data

Penelitian ini disesuaikan dengan pendekatan yang digunakan, yaitu lebih dititikberatkan pada penelitian hukum yang normatif dengan melakukan penelitian kepustakaan. Data yang digunakan adalah data sekunder.

3. Metode Pengumpulan Data

Pengumpulan data dilakukan dengan mencari berbagai peraturan perundangan yang berkaitan dengan permasalahan dengan mengadakan studi kepustakaan, yang berupa dokumen-dokumen Internasional yang antara lain dengan melihat dan membandingkan kasus yang telah diputuskan baik pada pengadilan nasional maupun pada pengadilan internasional yang diperoleh dari Komisi Nasional HAM Asasi Manusia (KOMNAS HAM) di Jakarta..

4. Metode Analisa Data

Analisa data dilakukan secara normatif kualitatif, dengan mengacu pada penelitian inventarisasi hukum positif dan penelitian terhadap asas-asas hukum serta penelitian untuk menemukan hukum in concreto.

G. Sistematika Penulisan

Setelah uraian pendahuluan yang merupakan Bab I seperti yang dikemukakan, maka penulisan selanjutnya terdapat dalam Bab II yang merupakan tinjauan pustaka yang akan menguraikan tentang landasan-landasan teori untuk memecahkan beberapa persoalan yang berhubungan dengan tesis yang terdiri dari tiga sub bagian, yaitu, sub bagian pertama konsep Pertanggungjawaban Pidana, sub bagian kedua pengertian dan perkembangan tanggungjawab komando terhadap Pelanggaran HAM yang berat Dan kejahatan Perang Dalam Hukum Internasional, sub bagian ketiga pembaharuan hukum Pidana Nasional, yang terdiri dari: 1 Pembaharuan Substansi KUHP, 2 Upaya pembentukan KUHP (baru), 3 Pembaharuan Sistim pertanggungjawaban Pidana. Selanjutnya penulisannya adalah hasil penelitian/pembahasan yang merupakan Bab III, yang akan dibahas mengenai dua permasalahan pokok seperti yang diuraikan dalam Bab I, yang terdiri dari dua sub bagian, yaitu sub bagian pertama memuat penerapan tanggung jawab komando terhadap kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat di Indonesia, sub bagian kedua memuat pengaturan tanggung jawab komando dalam pelanggaran HAM yang berat dan kejahatan perang dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia. Setelah itu Penutup yang merupakan Bab IV, yang berisi kesimpulan yang meliputi kristalisasi hasil penelitian keseluruhan tesis serta saran-saran bagi penulis untuk

pembaca thesis ini, dan selanjutnya daftar pustaka, dan terakhir adalah lampiran yang berhubungan dengan salah satu permasalahan, yang antara lain akan dilampirkan adalah keputusan data penyelesaian atas kasus Timor-Timur, serta kasus Tanjung Priok.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Konsep Pertanggungjawaban Pidana

Pertanggungjawaban²⁶ merupakan salah satu bagian dari unsur-unsur suatu sistim aturan-aturan dalam moral, agama dan hukum. Sistim aturan-aturan ini dapat bersifat luas dan aneka macam, misalnya hukum perdata, hukum pidana, serta aturan moral. Kesamaan dari ketiga hal tersebut merupakan suatu rangkaian aturan tentang tingkah laku yang diikuti oleh suatu kelompok tertentu. Jadi sistim yang melahirkan konsepsi pertanggungjawaban tersebut itu merupakan sistim normatif.

Berpangkal tolak kepada sistim normatif yang melahirkan konsepsi tersebut, dicoba menganalisa tentang pertanggungjawaban pidana. Apakah yang dimaksud dengan bertanggung jawab atas dilakukannya perbuatan pidana? Dengan mengutip pendapat Alf Ross, Roeslan Saleh memberikan jawaban bahwa yang bertanggung jawab atas sesuatu perbuatan pidana berarti yang bersangkutan secara sah dapat dikenai pidana karena perbuatan itu. Bahwa pidana itu dapat dikenakan secara sah berarti bahwa untuk tindakan itu telah ada aturannya dalam suatu sistim hukum tertentu, dan sistim hukum itu berlaku atas perbuatan ini.

²⁶ Pasal 36 konsep 2005 merumuskan bahwa pertanggungjawaban pidana ialah diteruskan celaan yang obyektif yang ada pada tindak pidana dan secara subyektif kepada seseorang yang memenuhi syarat untuk dapat dijatuhi pidana karena perbuatannya itu.

Dengan singkat dapat dikatakan bahwa tindakan ini dibenarkan oleh sistem hukum tersebut. Inilah dasar konsepsinya.²⁷

Lebih jauh lagi Ross berpendapat bahwa pertanggungjawaban itu dinyatakan dengan adanya suatu hubungan antara kenyataan-kenyataan yang menjadi syarat dan akibat-akibat hukum yang disyaratkan. Hubungan antara keduanya ini tidak bersifat kodrat atau tidak bersifat kausal, melainkan diadakan oleh aturan hukum. Jadi pertanggungjawaban itu adalah pernyataan dari suatu keputusan hukum²⁸.

Uraian konsep "pertanggungjawaban" (*liability*), dilihat dari segi falsafah hukum selanjutnya lebih dipertegas oleh seorang filosof besar dalam bidang hukum pada abad ke 20, yaitu Rouscou Pound, dalam "*An Introduction to the Philosophy of Law*", yang mengemukakan pendapatnya bahwa "*I ... use the simple word "liability" for the situation whereby one may exact legally and other is legally subjected to the exaction*"²⁹.

Bertitik tolak pada rumusan tentang "pertanggungjawaban" (*liability*) seperti tersebut di atas, Pound hendak membahasnya dari sudut pandang filosofis dan sistem hukum secara timbal balik. Secara sistematis, Pound lebih jauh menguraikan perkembangan konsepsi *liability*. Teori pertama, menurut Pound bahwa *liability* diartikan sebagai suatu kewajiban untuk membayar pembalasan yang akan diterima pelaku dari seseorang yang telah **dirugikan**. Sejalan dengan semakin efektifnya perlindungan

²⁷ Roeslan Saleh, *Pikiran-Pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, 1982, Ghalia Indonesia, hal.33-34

²⁸ *Ibid*, hal. 34-35.

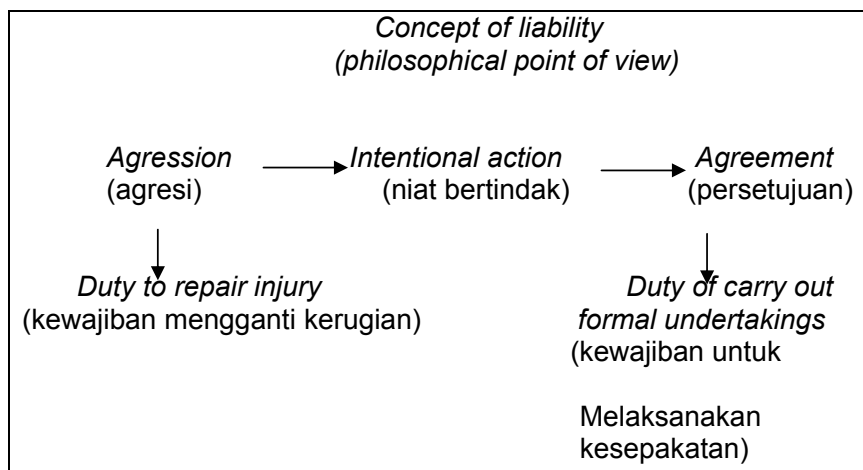
²⁹ Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana*, cetakan pertama, 2000, Mandar Maju, Bandung, hal. 65.

undang-undang terhadap kepentingan masyarakat akan suatu kedamaian dan ketertiban, dan adanya keyakinan bahwa **pembalasan** sebagai suatu alat penangkal, maka pembayaran **ganti rugi** bergeser kedudukannya, semula sebagai suatu **hak istimewa** kemudian menjadi suatu **kewajiban**³⁰.

Berdasarkan hal tersebut maka, konsepsi *liability* diartikan sebagai "*reparation*", sehingga terjadilah perubahan arti konsepsi "*liability*" dari "*composition for vengeance*" menjadi "*reparation for injury*". Perubahan bentuk wujud ganti rugi dengan sejumlah uang kepada ganti rugi dengan penjatuhan hukuman, secara historis merupakan awal dari "*liability*" atau "pertanggungjawaban".³¹

Berdasarkan sudut pandang filosofis, Pound secara sistimatis menguraikan konsepsi *liability* dengan jelas, sebagaimana terlihat pada skema dibawah ini:³²

Sebelum abad 19



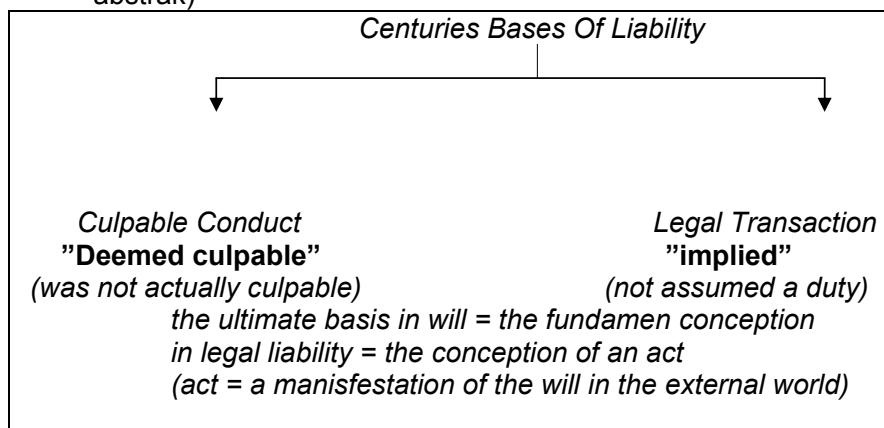
³⁰ *Ibid*, hal.65.

³¹ *Ibid*, hal. 65-66

³² *Ibid*

Sesudah abad 19

1. *changes concept of liability, was put in methaphysical form rather than ethical form.* (perubahan konsep pertanggungjawaban, lebih merupakan bentuk yang metafisik daripada bersifat etika).
2. *Law was a realization of the idea of liberty and existed to bring about the widest possible individual liberty.* (hukum sebagai realisasi dari gagasan kemerdekaan dan muncul untuk memberikan kemerdekaan yang lebih luas kepada individu) *The individual liberty = the will in action.* (kemerdekaan seseorang = kehendak dalam bertindak)
3. *The central point in the theory of liability in the abstract individual* (titik utama dari teori pertanggungjawaban dalam individu yang abstrak)



Dalam penguraian serta skema yang dipaparkan di atas kesemuanya, berujung pada perbuatan, moral, hukuman/tindakan yang kesemuanya itu dapat disimpulkan adanya **"kesalahan"**. Dalam konteks hukum pidana untuk menentukan apakah orang yang melakukan **perbuatan pidana** akan dijatuhi sesuai dengan yang diancamkan, akan sangat tergantung pada persoalan, apakah dalam melakukan tindak pidana tersebut orang itu mempunyai **kesalahan?**.

Pertanyaan di atas sangat urgen dan bersifat mendasar, oleh karena adanya asas pertanggungjawaban dalam hukum pidana yang secara tegas menyatakan: "Tidak dipidana tanpa ada kesalahan"³³.

Bertolak dari penguraian-penguraian tersebut, maka asas kesalahan (*asas culpabilitas*) merupakan asas yang sangat fundamental dalam hukum pidana. Sekalipun dalam KUHP asas kesalahan tidak dirumuskan, tetapi asas ini hidup di dalam masyarakat sebagai hukum yang tidak tertulis yang di Indonesia juga diakui keberadaannya sebagai sumber hukum.

Makna kesalahan itu meliputi pengertian yang luas. Seseorang yang masih dibawah umur, walaupun dia melakukan perbuatan pidana tidak dipidana karena fungsi batin atau jiwanya belum sempurna. Demikian juga orang gila yang melakukan perbuatan pidana tidak dipidana karena fungsi batinnya tidak normal. Disamping kedua hal di atas, walaupun orang yang melakukan tindak pidana itu dewasa dan tidak gila (artinya mempunyai fungsi batin yang normal) orang tersebut juga tidak serta-merta dipidana. Hal itu harus dilihat terlebih dahulu apakah dia

³³ Dalam bahasa Belanda berbunyi "*geen straf zonder schuld*", sedangkan dalam bahasa latin dirumuskan sebagai "*Actus non facit reum, nisi mens sit rea*", dimana suatu perbuatan yang dilakukan tidak menjadikan seseorang bertanggungjawab atas perbuatan itu kecuali kalau yang bersangkutan mempunyai kesalahan. Hal ini dirumuskan oleh Rupert Cross dan P. asterley Jones, dikutip dalam Penelitian Pencegahan Dan Penanggulangan Kejahatan Perang Dalam Hukum Pidana, kerja sama antara Universitas Jember, Bhayangkara Surabaya, Unika Sugiapranata-ICRC, Jakarta, 2005. Lihat juga Roeslan Saleh, 1968, *Perbuatan Pidana Dan Pertanggungan Jawab Pidana*, Centra, Jakarta, Hal.57. Lihat juga Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, cetakan keenam, Rineka Cipta, Jakarta, 2000, hal. 153, yang menyatakan bahwa asas ini tidak tersebut dalam hukum tertulis, tapi dalam hukum yang tak tertulis yang juga berlaku di Indonesia. Asas ini dalam hukum pidana fiscal tidak dipakai, Di sana kalau orang telah melanggar ketentuan, dia diberi pidana denda atau dirampas.

melakukan perbuatan itu atas kehendak bebasnya³⁴ atau ada unsur-unsur paksaan dari luar, misalnya dalam KUHP terdapat dalam Pasal 48 sampai dengan Pasal 51. (mengenai hal ini akan dibahas lebih jelas dalam unsur-unsur kesalahan).

Dari uraian yang dikemukakan tersebut di atas, dalam membuktikan apakah seseorang dapat dijatuhi pidana, pandangan tersebut menganut ajaran *dualisme*. Ajaran itu memandang bahwa untuk menjatuhkan pidana, pertama harus dilihat terlebih dahulu apakah perbuatan yang dituduhkan itu telah memenuhi unsur-unsur rumusan delik. Apabila telah dipenuhi, baru menuju pada tahap kedua, yaitu

³⁴ Dalam hal ini pertanggungjawabkan seseorang berdasarkan kepada perbuatan dan tidak kepada orang. (pandangan **indeterminisme**, yang merupakan aliran klasik). Dimana dalam hal aliran klasik berpijak pada tiga asas yaitu, asas legalitas, asas kesalahan, dan asas pengimbangan. (pembalasan). Berbeda dengan tidak mempunyai kebebasan kehendak, dimana dalam hal ini seseorang tidak dapat dipertanggungjawabkan dan dipersalahkan, karena dipengaruhi oleh watak si pembuat. Bentuk pertanggungjawaban jawab si pembuat lebih bersifat tindakan untuk perlindungan masyarakat. (pandangan **determinisme**, yang merupakan aliran modern yang lebih menghendaki individualisasi pidana). Lihat Muladi dan Barda, *Teori-Teori Dan kebijakan Pidana*, 1998, Alumni Bandung, Hal.25, 32. Mengenai individualisasi pidana sebagaimana *Marc Ancel* mengemukakan bahwa hal tersebut mengandung beberapa karakteristik yaitu, (1) pertanggungjawaban pidana bersifat pribadi/perorangan (**asas personal**), (2) pidana hanya diberikan kepada orang yang bersalah (**asas culpabilitas**), (3) pidana harus disesuaikan dengan karakteristik dan kondisi si pelaku; ini berarti harus ada kelonggaran/fleksibilitas bagi hakim dalam memilih sanksi pidana (jenis maupun berat ringannya sanksi dan harus ada kemungkinan modifikasi pidana (perubahan/penyesuaian) dalam pelaksanaannya. Lihat Barda Nawawi Arief, 1996, *Bunga Ranpai kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti,Bandung, hal.43. Tentang modifikasi pidana sudah diatur dalam konsep 2005 yang dirumuskan dalam Pasal 57 yang berbunyi: (1) Putusan pidana dan tindakan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dapat dilakukan perubahan atau penyesuaian dengan mengingat perkembangan narapidana dan tujuan pemidanaan; (2) perubahan atau penyesuaian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan atas permohonan narapidana, orang tua, wali atau penasihat hukumnya, atau atas permintaan jaksa penuntut umum atau hakim pengawas; (3) Perubahan atau penyesuaian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidakboleh lebih berat dari putusan semula dan harus dengan persetujuan narapidana; (4) perubahan atau penyesuaian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa: (i) pencabutan atau penghentian sisa pidana atau tindakan;atau (ii) penggantian jenis pidana atau tindakan lainnya; (5) jika permohonan perubahan atau penyesuaian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditolak oleh pengadilan, maka permohonan baru dapat diajukan lagi setelah 1 tahun sejak penolakan;(6) jika terdapat keadaan khusus yang menunjukkan permohonan tersebut pantas untuk dipertimbangkan sebelum batas waktu 1 tahun, maka ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (5) tidak berlaku.

melihat apakah ada kesalahan dan apakah pembuat mampu bertanggungjawab. Sebaliknya, *ajaran monisme* memandang bahwa seseorang yang telah melakukan tindak pidana sudah pasti dipidana kalau perbuatannya itu telah memenuhi rumusan delik.

Pandangan yang dualisme itu dianut juga oleh Moeljatno. Berdasarkan pada pandangan dualisme itu Moeljatno menyimpulkan bahwa untuk dikatakan bahwa seseorang itu dapat dipertanggungjawabkan harus memenuhi unsur-unsur pertanggungjawaban pidana seperti berikut:³⁵

- a. Melakukan perbuatan pidana (sifat melawan hukum)
- b. Di atas umur tertentu mampu bertanggungjawab
- c. Mempunyai suatu bentuk kesalahan yang berupa kesengajaan atau kealpaan
- d. Tidak adanya alasan pemaaf.

Untuk dapat memberikan gambaran yang utuh, berikut ini akan diuraikan mengenai unsur-unsur pertanggungjawaban pidana tersebut.

a. Perbuatan Pidana

Sebelum membahas unsur-unsur perbuatan pidana maka sebaiknya terlebih dahulu akan dibahas pula penggunaan istilah serta pengertian perbuatan pidana. Diantara pakar-pakar hukum pidana, penggunaan istilah mengenai perbuatan pidana ini bermacam-macam

³⁵ Moeljatno, *Opcit*, hal. 164.

ragam, ada yang memakai peristiwa pidana, tindak pidana (bahasa Belanda yaitu *strafbaar feit*).

Untuk lebih jelasnya penggunaan istilah tersebut, maka berikut akan diuraikan pendapat-pendapat serta komentar dari mereka.

Menurut Moeljatno perbuatan pidana adalah.³⁶

Perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa melanggar perbuatan tersebut. Dapat juga dikatakan bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan yang oleh suatu aturan hukum dilarang dan diancam pidana, asal saja dalam pada itu diingat bahwa larangan ditujukan kepada perbuatan, (yaitu suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan orang), sedangkan ancaman pidananya ditujukan kepada orang yang menimbulkannya kejadian itu. Antara larangan dan ancaman pidana ada hubungan yang erat, oleh karena antara lain kejadian dan orang yang menimbulkan kejadian itu, ada hubungan yang erat pula. Yang satu tidak dapat dipisahkan dari yang lain. Kejadian itu tidak dapat dilarang, jika yang menimbulkan bukan orang, dan orang tidak dapat diancam pidana, jika tidak karena kejadian yang ditimbulkan olehnya. Dan justru untuk menyatakan hubungan yang erat itu, maka dipakailah perkataan **perbuatan**, yaitu suatu pengertian abstrak yang menunjuk kepada dua keadaan konkrit: pertama, adanya kejadian yang tertentu dan kedua adanya orang yang berbuat, yang menimbulkan kejadian itu.

Dengan melihat pendapat yang dikemukakan oleh Moeljatno, dapat dikatakan bahwa pemakaian kata **peristiwa pidana** kurang tepat, sebab ia mengatakan bahwa peristiwa pidana adalah pengertian yang konkrit, yang hanya menunjuk pada suatu kejadian yang tertentu saja, misalnya matinya orang. Sedangkan dalam hal hukum pidana tidak melarang

³⁶ *Ibid*, Hal. 54-55

matinya orang, tetapi melarang adanya orang mati yang disebabkan oleh orang lain.³⁷

Menurut **Simons** *Strafbaarfeit* adalah:

Kelakuan (*handeling*) yang diancam dengan pidana, yang bersifat melawan hukum, yang berhubungan dengan kesalahan dan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggungjawab.

Menurut **Van Hamel** *strafbaarfeit* adalah:

Kelakuan orang yang dirumuskan dalam wet, yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan.

Jika melihat pengertian-pengertian tersebut maka pada intinya adalah;

1. Bahwa *feit* dalam *strafbaarfeit* berarti *handeling*, kelakuan atau tingkah laku.
2. bahwa pengertian *strafbaarfeit* dihubungkan dengan kesalahan orang yang mengadakan kelakuan tadi.³⁸

Menurut **J.E Jonkers**, peristiwa pidana adalah:

Perbuatan yang melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) yang berhubungan dengan kesengajaan atau kesalahan yang dilakukan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan.³⁹

Menurut **Vos**, *Strafbaarfeit* adalah:

Kelakuan atau tingkah laku manusia yang oleh peraturan perundang-undangan diberikan pidana.⁴⁰

Dengan melihat pengertian yang diberikan oleh Van Hamel, yaitu menyangkut pengertian pertama seperti diuraikan di atas, jika

³⁷ *Ibid*, hal.55

³⁸ *Ibid*, hal. 56.

³⁹ Adami Chasawi, *Pelajaran Hukum Pidana (Stelsel pidana, Tindak pidana, Teori-teori pembedaan dan batas berlakunya hukum Pidana)* Bagian I, 2005, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal. 75.

⁴⁰ A.Zainal Abidin Farid, *Hukum Pidana I*, 1995, Sinar Grafika, Jakarta, hal.225.

dibandingkan dengan pengertian **perbuatan** dalam perbuatan pidana hanya mencakup kelakuan saja. Sedangkan dalam hal *Strafbaarfeit* menurut Simons tidak hanya mencakup kelakuan saja tetapi mencakup juga *handeling* dan *gevolg* (kelakuan dan akibat). Dalam pengertian yang kedua berbeda juga dengan perbuatan pidana, disini tidak dihubungkan dengan kesalahan yang merupakan pertanggungjawaban pidana. Perbuatan pidana yang dimaksud hanya menunjuk pada sifatnya perbuatan.⁴¹

Bertitik tolak pada uraian-uraian tersebut di atas maka dalam hal penggunaan istilah perbuatan pidana serta pengertian perbuatan pidana menurut penulis thesis ada yang menganut pandangan dualistis dan monistis⁴².

Selanjutnya dalam hal penggunaan istilah perbuatan pidana penulis thesis sependapat dengan Van Hamel dan Vos, yang lebih tepat dipakai istilah tindak pidana (*strafbaarfeit*) bukan perbuatan pidana, karena dalam pertanggungjawaban pidana tidak cukup dengan hanya dilakukannya perbuatan pidana tetapi disamping itu harus ada kesalahan yaitu asas yang tidak tertulis yaitu "tidak dipidana tanpa kesalahan". Hal ini lebih dipertegas lagi dalam Konsep KUHP yang memakai tindak pidana.

Berikut akan dibahas unsur-unsur dari tindak pidana

⁴¹ *Ibid*

⁴² pandangan dualistis memisahkan antara perbuatan pidana dan kesalahan sedangkan dalam hal monistis tidak adanya pemisahan.

Unsur-unsur tindak pidana .

Setelah mengetahui tentang istilah tindak pidana dan pengertiannya, maka untuk melihat apa itu tindak pidana perlu juga dipahami tentang unsur-unsur tindak pidana itu sendiri. Unsur tindak pidana merupakan unsur yang paling pokok dalam hukum pidana, karena hal tersebut sebagai tolak ukur dalam memutuskan seseorang bersalah atau tidak.

Untuk lebih memperjelas unsur-unsur tindak pidana itu maka dapat dibedakan dari dua sudut pandang yaitu, (1) dari sudut teoritis yang artinya berdasarkan pendapat para ahli hukum, yang tercermin pada bunyi rumusan baik menurut pandangan monistis maupun dualistis, dan (2) dari sudut undang-undang yang artinya, bagaimana kenyataan perbuatan pidana atau tindak pidana itu dirumuskan menjadi tindak pidana tertentu dalam pasal-pasal peraturan perundang-undangan yang ada.

1. Unsur-unsur Tindak Pidana dari sudut teoritis

Berdasarkan rumusan yang telah diuraikan di atas, maka unsur-unsur perbuatan pidana menurut **Moeljatno** adalah: (a) perbuatan, (b) yang dilarang (oleh aturan hukum), (c) ancaman pidana (bagi yang melanggar larangan).⁴³

⁴³ Adam Chazawi, *Opcit*, hal.79.

Dari unsur-unsur tersebut dapat diterangkan bahwa dalam hal perbuatan artinya perbuatan manusia saja yang dilarang, oleh aturan hukum.

Sedangkan ancaman dengan pidana menggambarkan bahwa tidak mesti perbuatan itu yang benar-benar dipidana.

Menurut **Vos** unsur-unsur tindak pidana adalah; (a) kelakuan manusia, (b) diancam dengan pidana, (c) dalam peraturan perundang-undangan. Menurut **Simons** unsur-unsurnya adalah: (a) perbuatan manusia (*positief* atau *negatief*; berbuat atau tidak berbuat atau membiarkan), (b) diancam dengan pidana (*strafbaar gesteld*), (c) melawan hukum (*onrechtmatig*), (d) dilakukan dengan kesalahan (*met schuld in verband stand*), (e) oleh orang yang mampu bertanggungjawab (*toerekeningsvatbaar persoon*).⁴⁴

Bertitik tolak dari rumusan-rumusan tersebut di atas dapat dilihat bahwa batasan yang menganut paham dualisme yaitu antara Moeljatno dan Vos tidak terdapat perbedaan, yaitu bahwa tindak pidana itu adalah perbuatan manusia yang dilarang, dimuat dalam undang-undang, dan diancam dengan pidana bagi pelaku tindak pidana. Dari unsur-unsur yang ada jelas terlihat bahwa unsur-unsur tersebut tidak menyangkut diri si pembuat atau dipidananya pembuat, semata-mata mengenai perbuatannya. Namun sebaliknya berbeda dengan penganut paham monisme yaitu Simons yang lebih menekankan pada sipembuat.

⁴⁴ Leden Marpaung, *Unsur-unsur perbuatan yang dapat dihukum*, 1991, Sinar Grafika, Jakarta, hal.4.

2. Unsur-unsur tindak pidana dari sudut undang-undang

Rumusan-rumusan tindak pidana ini dalam KUHP terdapat dalam buku II dan buku III mengenai kejahatan dan pelanggaran. Dalam kejahatan dan pelanggaran tersebut ada yang digolongkan sebagai unsur-unsur rumusan delik objektif dan subjektif. Unsur rumusan delik yang subjektif adalah unsur-unsur yang melekat pada diri sipelaku atau berhubungan diri sipelaku, dan termasuk di dalamnya adalah segala sesuatu yang terkandung di dalam hatinya. Sedangkan unsur rumusan delik yang objektif adalah unsur-unsur yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaan, yaitu di dalam keadaan-keadaan mana tindakan-tindakan dari sipelaku itu harus dilakukan. Adapun unsur-unsur rumusan delik yang objektif meliputi:⁴⁵

(1) Sifat melanggar hukum, misalnya dalam Pasal 281 KUHP tentang pelanggaran kesusilaan, (2) kualitas dari sipelaku, misalnya keadaan sebagai seorang pegawai negeri dalam kejahatan menurut Pasal 415 KUHP. (dalam Pasal 415 KUHP antara lain ditegaskan: "Seorang pejabat atau orang lain yang ditugasi menjalankan jabatan umum....." (3) Kasualitas, yaitu hubungan antara sesuatu tindakan sebagai penyebab dengan kenyataan sebagai akibat.

Sedangkan unsur rumusan delik yang subjektif meliputi; (1) kesengajaan atau kealpaan (*dolus* atau *culpa*), (2) niat pada suatu

⁴⁵ Fuad Usfa, dkk, *Opcit*, hal.33. Mengutip Lamintang, *Opcit*, hal.193-194.

percobaan (seperti dalam pasal 53 ayat (1) KUHP), (3) macam-macam maksud atau *oogmerk* (misalnya kejahatan dalam Pasal 362 tentang pencurian), merencanakan terlebih dahulu, (misalnya yang terdapat di dalam kejahatan pembunuhan menurut dalam Pasal 340 KUHP), perasaan takut seperti yang terdapat dalam rumusan delik menurut Pasal 308 KUHP.⁴⁶

b. Mampu bertanggungjawab

Masalah kemampuan bertanggungjawab ini sangat penting yaitu sebagai dasar untuk adanya kesalahan. Secara yuridis formal tidak ada batasan tentang kemampuan ini. Apabila dilihat di dalam KUHP yaitu Pasal 44 (1) hanya merumuskan secara negatif, mempersyaratkan kapan seseorang dianggap tidak mampu bertanggungjawab dengan berdasarkan dua alasan yaitu (a) jiwanya cacat dalam tumbuhnya, (b) jiwanya terganggu karena penyakit.

.Dalam praktek peradilan dan yurisprudensi, Putusan Hoge Raad tanggal 10 November 1924 mengatakan kemampuan bertanggungjawab bukan merupakan unsur tindak pidana, karena itu harus dibuktikan dengan alat bukti yang sah, tetapi jika unsur itu tidak ada maka ada alasan penghapus pidana.

Mengenal hal ini Langemeyer berpendapat lain lagi, yaitu apabila ada keragu-raguan mengenai hal tersebut dapat dipertanggungjawabkan,

⁴⁶ *Ibid*, hal.33.

putusannya harus menguntungkan terdakwa, yaitu tidak dipidana.⁴⁷

Selanjutnya secara doktrin yaitu adanya kemampuan bertanggungjawab harus ada dua hal, yaitu:⁴⁸(1) kemampuan untuk membedakan antara perbuatan yang baik dan yang buruk; yang sesuai dengan hukum dan yang melawan hukum (akal); (2) kemampuan untuk menentukan kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik dan buruknya perbuatan tadi (kehendak⁴⁹).

Menurut penulis bahwa faktor **kehendak** bukan merupakan penentuan bagi seseorang untuk ketidakmampuan bertanggungjawab. Karena dalam hal ketidak mampuan seseorang untuk dipertanggungjawabkan karena jiwanya cacat mental. Sedangkan kalau seseorang itu mempunyai kehendak berarti otomatis orang tersebut mempunyai akal dan pikiran yang sehat, ia dapat menentukan mana yang baik dan mana yang tidak. Jadi faktor kehendak bukan salah satu faktor untuk menentukan adanya kemampuan bertanggungjawab.(penulis sependapat dengan Roeslan Saleh lihat footnote no.49).

⁴⁷ P. Soemitro, dkk, *Sari Hukum Pidana*, 2002, Mitra Prasaja Offset, Yogyakarta, hal.69.

⁴⁸ Moeljatno, *Opcit*, hal.165

⁴⁹ Faktor tersebut bukanlah merupakan faktor dalam menentukan mampu tidaknya orang bertanggungjawab, Karena mengenai kehendak adalah bergantung dan merupakan lanjutan dari akal. Bilaman akalnya sehat dan normal, artinya seseorang dapat membedakan antara perbuatan yang diperbolehkan dan yang tidak, maka oleh hukum diharuskanlah kalau orang itu juga menentukan kehendaknya sesuai dengan yang diperbolehkan oleh hukum. Karenanya faktor tersebut bukanlah merupakan faktor yang menentukan kemampuan bertanggungjawab, melainkan salah satu factor dalam menentukan kesalahan. Dan kemampuan bertanggungjawab hanyalah salah satu unsur daripada kesalahan. Lihat Roeslan Saleh, dalam *Perbuatan Pidana Dan Pertanggungjawaban Pidana, Dua pengertian Dasar Dalam Hukum Pidana*, 1983, cetakan ketiga, Aksara Baru, Hal.81.

c. Kesalahan

Dalam pembahasan terdahulu sudah dijelaskan bahwa masalah kesalahan berhubungan dengan pertanggung jawaban pidana, karena asas dalam pertanggungjawaban pidana adalah asas *culpabilitas*, yakni "tidak dipidana tanpa ada kesalahan".

Menurut Simons, juga dikutip oleh Moeljatno kesalahan adalah adanya keadaan psychis yang tertentu pada orang yang melakukan perbuatan pidana dan adanya hubungan antara keadaan tersebut dengan perbuatan yang dilakukan yang sedemikian rupa, hingga orang itu dapat dicela karena melakukan perbuatan tadi. Selanjutnya Roeslan Saleh menyatakan bahwa seseorang mempunyai kesalahan, apabila pada waktu melakukan perbuatan pidana dilihat dari segi kemasyarakatan, dia dapat dicela, sebab dianggap dapat berbuat lain, jika memang tidak ingin berbuat demikian.⁵⁰ Apabila dikaji lebih lanjut pengertian kesalahan itu menurut beberapa ahli hukum pidana ternyata terdapat beberapa pandangan selain yang disebut terdahulu antara lain: Jonkers didalam keterangannya tentang *shuldbegrip* (konsep kesalahan) membuat pembagian atas tiga bagian dalam pengertian kesalahan, yaitu (1) selain kesengajaan atau kealpaan (*opzet of shuld*); (2) meliputi juga sifat

⁵⁰ *Ibid*, hal. 77.

melawan hukum (*de wederrechtelijkheid*);(3) kemampuan bertanggungjawab (*de wederrechtelijkheid*).⁵¹

Selanjutnya Pompe berpendapat, pengertian kesalahan mempunyai tanda sebagai hal yang tercela (*verwijtbaarheid*) yang pada hakikatnya tidak mencegah (*vermijdbaarheid*) kelakuan yang bersifat melawan hukum (*der wederrechtelijke gedraging*). Tentang hakikat tidak mencegah kelakuan yang melawan hukum didalam perumusan hukum positif berarti mempunyai kesengajaan dan kealpaan yang mengarah pada sifat melawan hukum dan kemampuan bertanggungjawab⁵².

Kedua pengertian di atas, tampak sekali terselip unsur melawan hukum yang terdapat dalam unsur kesalahan. Apabila dikaitkan dengan pandangan tentang pengertian tindak pidana (*Strafbaarfeit*) maka pandangan tersebut masuk pada pandangan monistis. Menurut aliran monisme unsur-unsur *strafbaarfeit* itu meliputi baik unsur-unsur perbuatan yang lazim disebut unsur objektif maupun unsur-unsur pembuatnya (pelaku) yang lazim disebut unsur subjektif. Oleh karena dicampurnya unsur perbuatan dan unsur pelaku maka dapat disimpulkan bahwa *strafbaarfeit* adalah sama dengan syarat-syarat penjatuhan pidana sehingga seolah-olah dianggap bahwa kalau terjadi *strafbaarfeit* maka pasti pelakunya dapat dipidana⁵³.

⁵¹ *Ibid*

⁵² *Ibid*.

⁵³ Muladi,dkk, *Demokratisasi Hak Asasi manusia Dan reformasi Hukum Di Indonesia*, 2002, the Habibie Center, Jakarta, hal.50.

Sejalan dengan pengertian kesalahan di atas, E. Mezger merumuskan pengertian kesalahan terdiri atas; (1) kemampuan bertanggungjawab), (2) adanya bentuk kesalahan (3) tak ada alasan penghapus kesalahan.⁵⁴

Kedua pandangan kesalahan menurut Vos dan E. Mezger tersebut di atas keduanya mempunyai kesamaan yaitu tidak menyatukan unsur melawan hukum di dalam ruang lingkup bidang kesalahan. Pandangan ini dalam hukum pidana disebut pandangan dualistis.

Selanjutnya Dalam konteks hukum pidana kesalahan terdiri dari kesengajaan (*dolus* atau *opzet*) dan kealpaan/*culpa*. Selanjutnya akan diuraikan mengenai kesengajaan dan kealpaan.

Kesengajaan

Apabila melihat ketentuan dalam KUHP, tidak terdapat topik yang membahas secara khusus tentang kesengajaan dan kealpaan. Namun dalam konsep 2005 hal tersebut diatur dalam Pasal 39⁵⁵. Penjelasan tentang apa yang dimaksud *opzet* dijumpai dalam MvT, yang menyatakan bahwa *opzet* diartikan sebagai "*willens en wetens* " (menghendaki dan mengerti/mengetahui).

⁵⁴ Bambang Poernomo, 1988, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, hal. 136-137.

⁵⁵ Pasal tersebut berbunyi: Pasal 39: (1) seseorang hanya dapat dipertanggungjawabkan jika orang tersebut melakukan tindak pidana dengan sengaja atau karena kealpaan; (2) perbuatan yang dapat dipidana adalah perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, kecuali peraturan perundang-undangan menentukan secara tegas bahwa suatu tindakan pidana yang dilakukan dengan kealpaan dapat dipidana; (3) seseorang hanya dapat dipertanggungjawabkan terhadap akibat tindak pidana tertentu yang oleh undang-undang diperberat ancaman pidananya, jika ia sepatutnya mengetahui kemungkinan terjadinya akibat tersebut atau sekurang-kurangnya ada kealpaan.

Dengan demikian menurut MvT seseorang dikatakan "sengaja" melakukan perbuatan apabila orang tersebut menghendaki dan mengerti dilakukannya perbuatan tersebut⁵⁶.

Berkaitan dengan pengertian *opzet* yang diberikan oleh MvT muncul dua teori yaitu teori kehendak (*wilstheorie*) dan teori pengetahuan (*voorstellingstheorie*). Dalam teori kehendak kesengajaan adalah kehendak yang diarahkan kepada terwujudnya perbuatan.

Selanjutnya mengenai kesengajaan dalam doktrin hukum pidana terdapat 3 bentuk kesengajaan, yaitu: (1) kesengajaan sebagai maksud, (2) kesengajaan sebagai kepastian (3) kesengajaan sebagai kemungkinan (*dolus eventualis*).⁵⁷

Kealpaan

Untuk adanya kesalahan diperlukan adanya unsur kesengajaan atau kealpaan. Perbedaannya adalah *dolus* merupakan kesalahan yang berat, sedang *culpa* merupakan bentuk kesalahan yang lebih ringan.

Dalam hal rumusan kealpaan, Moeljatno lebih setuju pendapat dari Langemeyer yang mengatakan bahwa kealpaan adalah suatu struktur yang sangat *gecompliceerd*, yang dalam satu pihak kekeliruan dalam perbuatan lahir, dan menunjuk kepada adanya keadaan batin yang tertentu. Dan dilain pihak keadaan batinnya itu sendiri. Dengan demikian maka *culpa* mencakup semua makna kesalahan dalam arti luas yang

⁵⁶ Fuad Usfa, dkk, *Opcit*, hal.78.

⁵⁷ Adami Chazawi, *Opcit*, hal.96

bukan berupa kesengajaan. Selanjutnya Langemeyer membedakan antara kesengajaan daripada kealpaan. Dalam kesengajaan ada sifat yang positif yaitu adanya kehendak dan penyetujuan yang disadari daripada bagian-bagian delik, sedang sifat positif itu tidak ada dalam kealpaan.⁵⁸

d. Tidak ada alasan pemaaf

Di dalam membahas tidak ada alasan pemaaf, terlebih dahulu dibahas alasan peniadaan pidana (*strafuitsluitingsgronden*) serta jenis alasan peniadaan pidana.⁵⁹ Selanjutnya jenis alasan peniadaan pidana menurut doktrin dapat dibedakan : alasan pembenar dan alasan pemaaf.⁶⁰ Hal ini Dalam konsep 2005 alasan pembenar untuk peniadaan pidana diatur dalam Pasal 31-34 yang merupakan perluasan dari Pasal 35,

⁵⁸ *Ibid*, hal.200-2001.

⁵⁹ Alasan peniadaan pidana adalah hal/keadaan yang mengakibatkan seseorang yang memenuhi perumusan/peristiwa pidana tidak dapat dipidana. Lihat Mustafa Abdullah, dkk, *Intisari Hukum Pidana*, 1983, Ghalia Indonesia, hal.68. Sedangkan pengertian lain dapat dilihat dalam buku Martiman Prodjohamidjojo, *Opcit*, hal. 54 yang menyatakan bahwa *strafuitsluitingsgrond* atau alasan pemaaf berarti, menghapuskan dari pertanggungjawaban pelaku atau dihapuskan kesalahan pelaku sehingga perbuatan itu tidak dipidana. Makna yang lebih luas dari alasan pemaaf adalah perbuatannya sendiri mencocoki rumusan delik, masih tetap melawan hukum atau bertentangan dengan hukum, akan tetapi sipelaku, orangnya yang melakukan, karena sesuatu hal, tidak dapat dihukum. Hal ini sejalan dengan sudut pandangan subyektif, mengenai sipelaku tidak ada unsur kesalahan.

⁶⁰ Mustafa Abdullah, dkk, *Opcit*, hal 69. Dalam hal ini, KUHP tidak dijumpai istilah-istilah alasan pembenar dan alasan pemaaf, namun dalam titel ke-3 dari buku pertama KUHP menyebutkan alasan-alasan yang menghapuskan pidana, dibedakan menjadi: alasan pembenar, alasan pemaaf serta alasan penghapusan penuntutan, Lihat Moeljatno, *Opcit*, hal.137. Menurut Van Hamel hal ini (*strafuitsluitingsgrond*) dibedakan antara alasan penghapus sifat melawan hukum dan alasan penghapus sifat dipidana. Sedang menurut Vos hal ini dibedakan atas alasan pembenar dan alasan penghapus kesalahan, lihat Martiman Prodjohamidjojo, *Opcit*, hal.55. Adapun definisi dari alasan pembenar menurut Moeljatno adalah alasan yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, sehingga apa yang dilakukan oleh terdakwa lalu menjadi perbuatan yang patut dan benar, sedangkan alasan pemaaf adalah alasan yang menghapuskan kesalahan terdakwa. Perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa tetap bersifat melawan hukum jadi tetap merupakan perbuatan pidana, tetapi dia tidak dipidana, karena tidak ada kesalahan. Lihat Moeljatno, *Opcit* hal.137.

sedangkan untuk alasan pemaaf diatur dalam Pasal 42-45 dan Pasal 46 merupakan perluasan dari Pasal 42-45.⁶¹ KUHP tidak menggunakan doktrine tersebut, namun dalam MvT merinci karena keadaan yang terdapat dalam pribadi penanggung jawab dan karena keadaan diluar pribadi penanggung jawab.⁶² (terdapat dalam Pasal 48-51 KUHP).

Adapun alasan peniadaan pidana (*Strafuitsluitingsgronden*) dalam KUHP dibedakan dua golongan yaitu umum dan khusus.

Dalam hal yang umum terdapat dalam:⁶³

Pasal 44 KUHP (ketidakmampuan bertanggungjawab).

Menurut Pasal 44 ayat (1) orang yang menyebabkan peristiwa tidak dipidana karena: (a) jiwa/akal yang tumbuhnya tidak sempurna, (b) jiwa yang diganggu oleh penyakit, dimana pada waktu lahir sehat akan tetapi kemudian dihinggapai penyakit, seperti sakit gila. Apabila seseorang mempunyai penyakit seperti di atas maka perbuatannya tidak dapat dipertanggungjawabkan. Namun dalam konsep 2005 yaitu Pasal 40 dikatakan bahwa, orang yang pada waktu melakukan tindak pidana menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa atau retardasi mental, tidak dapat dipertanggungjawabkan dan dijatuhi pidana, tetapi dapat dikenakan tindakan. Sedangkan dalam Pasal 41 dikatakan orang yang pada waktu

⁶¹ Perluasan dari Masing-masing pasal-pasal tersebut berbunyi: I) **Pasal 35**: termasuk alasan pembeda ialah tidak adanya sifat melawan hukum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2); ii) **Pasal 46**: termasuk alasan pemaaf ialah: a) tidak ada kesalahan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 37 ayat (1); b) pada waktu melakukan tindak pidana menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa, atau retardasi mental sebagaimana dimaksud dalam Pasal 40; atau c) belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun sebagaimana dimaksud dalam Pasal 113 ayat (1).

⁶² Mustafa Abdullah, dkk, *opcit*, hal 69. Lihat juga Martiman Prodjohamidjojo, *Op cit*, hal.55.

⁶³ *Ibid,t*, hal.69-74.

melakukan tindak pidana kurang dapat dipertanggungjawabkan karena menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa, atau retardasi mental, pidananya dapat dikurangi atau dikenakan tindakan.

Pasal 48 (Overmacht)/daya paksa

Menurut Jonkers daya paksa itu berwajah tiga yaitu: bersifat mutlak, bersifat nisbi (arti sempit), dan *overmacht* dalam arti *noodtoestand* atau keadaan darurat. Dalam hal bersifat mutlak yaitu, orang yang terpaksa tidak mungkin dapat berbuat lain. Ia tidak mungkin memilih jalan lain. Dalam hal bersifat nisbi, orang yang terpaksa masih ada kesempatan untuk memilih berbuat yang lain, akan tetapi menurut perhitungan yang layak tidak mungkin dapat dielakkan. Beda dengan absolut dan nisbi, kalau absolut orang yang memaksa itu yang berbuat, sebaliknya nisbi orang yang dipaksa itu yang berbuat. Dalam keadaan darurat, kepentingan hukum seseorang berada dalam keadaan bahaya, maka untuk mengelakkan bahaya itu terpaksa melanggar kepentingan hukum orang lain. Keadaan darurat ini terjadi karena, (1) terdapat pertentangan antara dua kepentingan hukum, (2) terdapat pertentangan antara kepentingan hukum dengan kewajiban hukum. (3) terdapat pertentangan antara kewajiban hukum dengan kewajiban hukum.

Berdasarkan penjelasan tersebut di atas ada beberapa pakar-pakar hukum pidana menyatakan bahwa daya paksa itu dapat merupakan alasan pemaaf atau pembenar, antara lain pendapat dari Van Hattun dan Moeljatno, yang menyatakan bahwa dalam pasal 48 terdapat **alasan**

pemaaf, dengan alasan apabila perbuatan tersebut dilakukan oleh orang karena pengaruh daya paksa, otomatis fungsi batinnya tak dapat bekerja secara normal karena adanya tekanan-tekanan dari luar, makanya orang itu dimaafkan kesalahannya.⁶⁴

Pasal 49 ayat (1) KUHP noodweer (pembelaan terpaksa)

Untuk dapat disebut *noodweer* harus memenuhi beberapa syarat yaitu, (a) harus ada serangan; (b) ada pembelaan; artinya harus ada keseimbangan antara kepentingan hukum yang dilanggar dengan kepentingan hukum yang dibela. Kepentingan hukum yang dibela hanya badan, kehormatan, harta sendiri maupun orang lain.⁶⁵

Pasal 49 ayat (2) noodweer exces/pembelaan yang melampaui batas

Konstruksi perbuatan pembelaan dalam pasal 49 (2) KUHP tersebut mempersyaratkan, bahwa pembelaan tersebut disebabkan adanya kegoncangan jiwa yang hebat. Pembelaan terpaksa melampaui batas yang tidak disebabkan adanya kegoncangan jiwanya yang hebat, tidak menghapuskan pidana.

Pasal 50 KUHP (Wettelijk voorschrift)/peraturan undang-undang

Dalam hal ini ditentukan bahwa tidak dikenakan hukuman pidana seorang yang melakukan perbuatan untuk melaksanakan suatu peraturan

⁶⁴ Moeljatno, *Opcit*, hal. 141-142.

⁶⁵ Mustafa Abdullah, *Opcit*, hal. 73. Lihat juga Fuad Usfa, dkk, *Opcit*, hal. 94, serta Moeljatno, *Opcit*, hal. 146 dimana hal tersebut terbagi atas 3 persyaratan yaitu, (a) harus ada serangan atau ancaman serangan, (b) harus tidak ada jalan lain untuk menghalaukan serangan atau ancaman serangan dalam pengertian secara wajar, (c) perbuatan pembelaan tersebut harus seimbang dengan sifatnya serangan atau ancaman serangan. Dalam pembelaan terpaksa yang demikian, maka ada tiga asas yang sangat penting dalam hal alasan penghapusan pidana yaitu, asas *subsidiaritas*, asas *proporsionalitas*, dan asas *culpa in causa*. Lihat Schaffmeister, dkk, (Sahetapy) *Hukum Pidana*, 1995, Liberty Yogyakarta, hal. 60-61.

hukum perundang-undangan. Arti dari penentuan tersebut yaitu, apa yang diperintahkan oleh sesuatu undang-undang atau wewenang yang diberikan oleh sesuatu undang-undang untuk melakukan sesuatu hal tidak dapat dianggap seperti suatu peristiwa pidana. Dalam hal ini adanya alasan pembenar, karena apa yang dilakukan oleh seseorang adalah benar ia melakukan karena adanya perintah dari undang-undang.

Lebih lanjut Van Hattum, menyatakan bahwa tidak dapat dihukumnya seseorang yang telah melakukan suatu perbuatan untuk melaksanakan suatu peraturan perundang-undangan itu tidak ada hubungannya dengan *schuld* (kesalahan) pada orang yang melakukan perbuatan tersebut, melainkan bahwa perbuatannya itu sendiri tidaklah bersifat "*wederrechtelijk*."

Kaitannya dengan Pasal 50 KUHP tersebut akhirnya Van Hattum berpendapat bahwa bagi mereka yang harus melakukan perbuatan-perbuatan untuk melaksanakan peraturan-peraturan perundang-undangan atau perintah-perintah jabatan merupakan suatu *noodtoestand*, mereka itu menghadapi suatu "*conflict van plichten*" atau pertentangan antara kewajiban-kewajiban. Namun menurut Pompe seseorang dikatakan demikian apabila seseorang itu harus melakukan suatu perbuatan untuk melaksanakan dua peraturan perundang-undangan yang mengatur masalah yang sama, dan orang tidak dapat menentukan peraturan perundang-undangan yang manakah yang harus lebih diutamakan.⁶⁶

⁶⁶ *Ibid*, hal 513.

Pasal 51 Perintah Jabatan (ambtelijk bevel)

Pasal 51 ayat(1) berbunyi:

barang siapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang berwenang, tidak dipidana.

Ayat (2) nya berbunyi :

Perintah jabatan tanpa wenang, tidak menyebabkan hapusnya pidana, kecuali jika yang diperintah, dengan itikad baik mengira bahwa perintah diberikan dengan wenang, dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya.

Alasan peniadaan pidana secara khusus:

Dalam hal ini hanya berlaku terhadap delik-delik tertentu seperti Pasal 166 KUHP yang dihubungkan dengan Pasal 165 dan 164, tidak dapat diterapkan kepada orang-orang yang karena hubungan keluarga antara seseorang yang mengetahui perbuatan suatu kejahatan dengan orang yang melakukan kejahatan tersebut.⁶⁷

⁶⁷ Martiman Prodjohamidjojo, *Opcit*, hal.54.

B. Pengertian Dan perkembangan Tanggungjawab Komando Terhadap Pelanggaran HAM yang berat Dan Kejahatan Perang Dalam Hukum Internasional.

1. Pengertian Tanggungjawab Komando Menurut Hukum Internasional

Berbicara tentang konsep pertanggungjawaban komando berlaku bagi seorang atasan dalam pengertian yang luas, termasuk kepala negara, kepala pemerintahan, menteri dan pimpinan perusahaan. Dalam doktrin hukum Internasional mengenai pertanggungjawaban komando adalah doktrin yang berhubungan dengan pertanggungjawaban pidana secara individual yang dikembangkan melalui kebiasaan dan praktek-praktek pengadilan kejahatan perang, terutama seusai perang dunia ke-II. Hugo Grotius menggunakan analogi "tanggung jawab orang tua" (*parental responsibility*) untuk menggambarkan pertanggungjawaban komando: orang tua bertanggung jawab terhadap kesalahan anaknya sepanjang anaknya masih ada dalam kekuasaan mereka. Di sisi lain, walaupun orang tua memiliki anak yang berada di bawah kekuasaannya namun orang tua tersebut tidak mampu lagi untuk mengendalikan mereka, maka orang tua tersebut tidak lagi harus bertanggung jawab kecuali jika ia memiliki pengetahuan. Jadi dalam hal ini seorang dapat dikenakan pertanggungjawaban atas tindakan yang dilakukan oleh orang lain apabila

memenuhi dua elemen, yaitu (1) pengetahuan (2) gagal untuk mencegah.⁶⁸

Akar dari doktrin ini dapat juga ditelusuri melalui sejarah kemiliteran dimana syarat untuk menempatkan tanggung jawab yang paling besar ada di tangan komandan militer. Misalnya, seorang komandan militer yang profesional harus selalu menjalankan fungsi pengendalian terhadap anak buahnya, mengarahkan, memberi petunjuk mengenai pelaksanaan tugas-tugas yang berbahaya, mengawasi pelaksanaan tugas hingga selesai, dan mengambil tindakan disiplin apabila ada anak buahnya tidak atau lalai menyelesaikan tugasnya.

Doktrin ini kemudian menjadi dasar hukum bagi komandan militer atau individu lain yang berada dalam posisi atasan atau pemegang kekuasaan komando lainnya untuk bertanggung jawab secara pidana atas kelalaian atau kegagalannya untuk melaksanakan pengendalian terhadap anak buahnya sehingga terjadi kejahatan Internasional. Kegagalan bertindak (*failure to act*) ini dikatakan sebagai tindakan pembiaran (*ommission*) sehingga komandan harus bertanggung jawab.⁶⁹ Bentuk tanggung jawab komando ini berbeda dengan bentuk pertanggungjawaban pidana secara individu yang dapat dikenakan kepada komandan atau atasan apabila ia ikut merencanakan, menghasut, memerintahkan, membantu, melakukan, dan turut serta melakukan kejahatan. Apabila komandan melakukan dari salah satu tindakan seperti

⁶⁸ ELSAM, *Tanggung Jawab Komando*.

⁶⁹ *Ibid*

tersebut di atas, maka komandan telah melakukan tindakan penyertaan (*joint criminal enterprise*) dan statusnya disamakan dengan pelaku langsung.⁷⁰

Selanjutnya Dalam konteks hukum perang atau hukum sengketa bersenjata, doktrin tanggung jawab komando didefinisikan sebagai tanggung jawab komandan militer terhadap kejahatan perang yang dilakukan oleh prajurit bawahannya atau orang lain yang berada dalam pengendaliannya⁷¹. Jadi, tanggung jawab komando yang diatur dalam hukum perang berkaitan dengan tanggung jawab pidana seorang komandan (*Commander criminal responsibility*) dan bukan tanggung jawab umum dari suatu pemegang komando (*general responsibility of command*⁷²).

⁷⁰ International Law Commission, *Draft Article on Responsibility of states for Internationally Wrongful Act Adopted by the drafting Committee on Second Reading*, Geneva 2001, dalam Pasal 11 Control Council No.10 menyatakan bahwa tiap orang, tanpa didasarkan pada kebangsaan dan kapasitasnya, dianggap melakukan suatu kejahatan yang didefinisikan dalam Pasal 11 paragraf 1, jika ia adalah: (a) pelaku utama, (b) seorang kaki tangan yang melakukan kejahatan atau memerintahkan atau bersekongkol atas kejahatan tersebut, (c) mengizinkan atau mengambil bagian pelaksanaan kejahatan, (d) Berkenaan dengan perencanaan atau inisiatif untuk melakukan kejahatan tersebut, dan (e) anggota dari suatu organisasi atau kelompok yang berhubungan dengan kejahatan tersebut. Lihat Footnote Elsam, dalam makalah *Tanggung Jawab Komando*.

⁷¹ Weston D. Burnett, *Command Responsibility and A case Study of the Criminal Responsibility of Israel Military Commanders for the Progrom at Shatila and Sabra*, 107 *Military Law Review*, 1985, hal.76.

⁷² Natsri Anshari, Dalam Artikel *Tanggung Jawab Komando Menurut Hukum Internasional dan hukum nasional Indonesia*, Jurnal Hukum Humaniter Vol.1 No.1, Edisi Juli 2005, Pusat Studi Hukum Humaniter Dan HAM (terAS) Fakultas Hukum Universitas TRISAKTI, hal.48 yang dalam footnotenya menjelaskan bahwa Tanggung jawab umum dari suatu pemegang komando (*general responsibility of command*) mengandung arti tanggung jawab setiap komando di setiap tingkatan komando kepada atasannya untuk: pertama, melaksanakan tugas pokok komandonya atau satuannya. Kedua, penggunaan yang paling berhasil guna (efisien) semua sumber-sumber yang tersedia. Pelaksana tanggung jawab komando itu berada pada seorang komandan sebagai orang yang memiliki wewenang dan tanggung jawab atas pelaksanaan tugas satuan yang berada di bawah komandonya. Sedangkan komando memiliki dua pengertian. Pertama, kewenangan dan kekuasaan yang diberikan kepada seorang perwira untuk memimpin, mengkoordinasikan dan mengendalikan pasukan. Kedua, perintah yang diberikan oleh seorang komandan atau atasan langsung kepada satuan atau bawahannya dengan maksud agar perintah tersebut dilaksanakan.

Berdasarkan definisi mengenai tanggung jawab komando di atas maka subyek yang harus bertanggung jawab adalah komandan militer. Akan tetapi dalam praktek dan perkembangannya, doktrin tanggung jawab komando bukan hanya diberlakukan para komandan militer saja tetapi juga terhadap atasan atau penguasa sipil yang memiliki kewenangan untuk memberikan komando atau perintah kepada pejabat militer atau menggerakkan kekuatan militer. Berdasarkan hal tersebut maka muncullah istilah tanggung jawab atasan (*superior responsibility*) di samping tanggung jawab komandan (*commander responsibility*). Selain itu, penerapan doktrin tanggung jawab komando dan tanggung jawab atasan tidak terbatas pada kejahatan yang terjadi di waktu perang belaka, tetapi mencakup kejahatan terhadap kemanusiaan dan Hak asasi manusia yang universal yang terjadi baik di waktu perang maupun dimasa damai. Berdasarkan hal tersebut maka baik komandan militer maupun penguasa sipil dapat dimintai pertanggungjawaban pidana atas kejahatan perang dan/atau kejahatan kemanusiaan yang dilakukan oleh bawahannya baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama.⁷³

Kaitannya dengan *superior responsibility* dan *command responsibility*, merupakan dua hal yang berbeda, dalam hal *superior responsibility* berkaitan dengan pidanaan terhadap komandan apabila memerintahkan anak buah/bawahan melakukan kejahatan perang. Sedangkan *command responsibility* adalah dasar pidanaan terhadap

⁷³ *Ibid*, hal.49-50.

para komandan/atasan apabila anak buah/bawahan yang berada di bawah komando dan pengendaliannya terlibat kejahatan pada waktu pelaksanaan tugas.⁷⁴

2. Perkembangan Tanggung Jawab Komando Terhadap pelanggaran HAM yang berat Dan Kejahatan Perang Dalam Hukum Internasional.

Di bawah ini dijelaskan beberapa praktik penerapan tanggung jawab komando yang terjadi pada masa awal perkembangan doktrin ini. Beberapa contoh kasus yang terjadi pada masa awal perkembangan doktrin ini, memberikan gambaran yang lebih jelas mengenai situasi-situasi yang memungkinkan seorang komandan atau atasan diminta pertanggungjawaban karena pelanggaran hukum yang dilakukan oleh bawahannya. Dari ketentuan-ketentuan yang mengatur mengenai tanggung jawab komando serta proses hukum yang berkaitan dengan kasus-kasus tersebut, akan dikemukakan elemen-elemen pokok yang menjadi dasar penentuan kesalahan seorang komandan atau atasan atas dasar doktrin tanggung jawab komando atau tanggung jawab atasan.

Mulanya, Raja Charles VII dari Perancis di Orleans pada tahun 1493 mengeluarkan perintah yang tegas berkaitan dengan doktrin

⁷⁴ Sihombing, dalam makalah, *Perintah Atasan dan pertanggungjawaban Komando dalam Kejahatan Perang*, dalam seminar “Problematika Kejahatan Perang dalam hukum Pidana Indonesia”, yang diselenggarakan oleh Pusat kajian HAM dan Hukum Humaniter UNISBA-The International Committee of The Red Cross (ICRC), Bandung 2005. Hal.3. Lihat juga hal.4 yang menjelaskan bahwa Komandan adalah kewenangan komandan berdasarkan hukum untuk mengatur dan memerintah orang/satuan yang berada di bawah kodalnya, tetapi komandan/atasan tidak boleh memanfaatkan pangkat/jabatannya untuk memerintahkan bawahan untuk melakukan hal-hal yang tidak berhubungan dengan tugas atau untuk kepentingan pribadi.

tanggung jawab komando. Perintah tersebut menyatakan: "Raja memerintahkan bahwa setiap kapten atau letnan bertanggung jawab atas penyimpangan, tindakan buruk dan pelanggaran yang dilakukan oleh anggota kompi, dan setelah ia menerima suatu pengaduan mengenai adanya kesalahan atau penyimpangan tersebut, ia membawa pelakunya ke pengadilan sehingga pelakunya dihukum sesuai dengan pelanggaran yang dilakukannya. Jika ia tidak melakukan hal itu atau menutupi kesalahan atau tidak mengambil tindakan, atau jika, karena kelalaiannya atau kesengajaannya pelaku kejahatan melarikan diri sehingga terhindar dari hukuman, kapten tersebut harus dianggap bertanggung jawab atas kejahatan tersebut seolah-olah ia telah melakukan sendiri kejahatan itu dan harus dihukum sama seperti yang akan dijatuhkan kepada pelaku kejahatan".

Beberapa aspek penting mengenai doktrin tanggung jawab komando yang terdapat dalam perintah raja Charles tersebut adalah: **pertama**, komandan bertanggung jawab untuk mengendalikan perilaku termasuk cara bertindak yang dilaksanakan oleh bawahannya agar tidak menyimpang dari ketentuan hukum yang berlaku; **kedua**, komandan berkewajiban untuk memproses setiap bawahannya yang terlibat sebagai pelaku kejahatan secara hukum; **ketiga**, jika komandan karena kelalaian atau kesengajaan membiarkan kejahatan terjadi dan tidak melakukan

kedua hal tersebut di atas, maka ia bertanggung jawab secara pidana atas kejahatan yang dilakukan oleh prajurit bawahannya.⁷⁵

Selanjutnya, perkembangan doktrin tanggung jawab komando ini, diberlakukan oleh penguasa Austria (*the archduke of austria*) yang pada tahun 1474 ia mengadili Peter Von Hagenbach, yang telah memimpin rangkaian kejahatan selama ia berkuasa untuk kepentingan Charles dari Burgundy di wilayah Upper Rhine yang baru ditaklukkan. Ia dipersalahkan karena melakukan kejahatan perkosaan, pembunuhan, melanggar sumpah dan kejahatan terhadap Tuhan dan manusia (*the law of god and man*).⁷⁶ Dalam pembelaannya di depan pengadilan, Peter menyatakan tindakan tersebut dilakukan atas dasar perintah atasan. Namun pengadilan menolak pembelaan atas dasar perintah atasan tersebut dan dalam putusannya menyatakan Peter bersalah melakukan kejahatan yang semestinya ia berkewajiban untuk mencegah terjadinya kejahatan tersebut.

Putusan dalam kasus Peter ini sejalan dengan pandangan yang dikemukakan oleh Hugo Grotius yang menyatakan bahwa: "negara dan pejabat yang berkuasa bertanggung jawab terhadap kejahatan yang dilakukan oleh orang yang berada di bawah kekuasaannya, jika mereka mengetahui kejahatan tersebut dan tidak melakukan pencegahan padahal mereka dapat dan harus melakukan hal itu".⁷⁷

⁷⁵ Natsri Anshari, *Opcit*, hal.50-51.

⁷⁶ Weston D. Burnett, *Opcit*, hal. 78.

⁷⁷ *Ibid*.

Lebih jelas lagi perkembangan doktrin tanggung jawab komando ini, diberlakukan oleh Adolphus Gustavus ketika pada abad VII tahun 1621 ia mengeluarkan suatu ketentuan yang dikenal sebagai pasal-pasal mengenai perang (*the articles of war*). Diantaranya Pasal 46 yang menegaskan bahwa: " seorang kolonel atau kapten tidak boleh memberikan komando kepada prajuritnya untuk melakukan suatu tindakan yang bertentangan dengan hukum; siapa yang melakukan yang demikian itu harus dihukum berdasarkan keputusan hakim".⁷⁸

Setelah itu doktrin pertanggungjawaban komando diatur dalam instrumen hukum Humaniter Internasional. Yang pertama yaitu dalam *The Regulation Annexed to 1907 Hague Convention IV* mengenai penghormatan terhadap hukum dan kebiasaan dalam perang darat. Di dalam Regulation ini dikatakan bahwa sebagian dari hukum, hak-hak dan kewajiban dalam perang yang berlaku bagi angkatan bersenjata, juga berlaku bagi para milisi dan korps sukarelawan. Adapun syarat-syarat yang harus dipenuhi oleh milisi dan korps sukarelawan, agar dapat dikategorikan sebagai kombatan yang sah, antara lain yakni harus dipimpin oleh orang yang bertanggungjawab terhadap anak buahnya dan melaksanakan operasi militer berdasarkan hukum dan kebiasaan dalam hukum perang. Dari ketentuan *Regulation* ini dapat dilihat adanya aspek tanggung jawab sebagai salah satu syarat seseorang atau sekelompok orang untuk dapat dikatakan sebagai kombatan.

⁷⁸ Natsri Anshari, *Opcit* , hal.52.

Selanjutnya secara lebih eksplisit, pengaturan tanggungjawab komando terdapat dalam Pasal 3 Konvensi Den Haag IV 1907 tentang Hukum dan Kebiasaan Perang di Darat. Ayat (1) dari Pasal 3 Konvensi Den Haag IV 1907 ini mengatakan bahwa setiap pihak yang bersengketa yang melanggar ketentuan hukum perang bertanggung jawab untuk membayar kompensasi jika kasusnya menghendaki demikian. Kemudian ayat (2) dari pasal yang sama mengatur bahwa pihak yang bersengketa bertanggung jawab terhadap setiap tindakan yang dilakukan oleh anggota angkatan bersenjata.⁷⁹

Dari ketentuan Pasal 3 Konvensi Den Haag IV 1907 ini dapat disimpulkan adanya konsep peranggungan Komando, meskipun tidak secara spesifik menunjuk pada seseorang komandan⁸⁰. Hal yang sama terdapat dalam Konvensi Jenewa tahun 1949 yang tidak mengatur secara tegas mengenai tanggungjawab komando, namun ada pasal-pasal yang meletakkan tugas dan tanggungjawab yang secara langsung maupun tidak langsung yang diberikan kepada seorang komandan militer. Di antara pasal-pasal tersebut adalah Pasal 1 Konvensi Jenewa I tahun 1949, Pasal 45 Konvensi Jenewa I tahun 1949 dan Pasal 46 Konvensi Jenewa II tahun 1949.⁸¹

⁷⁹ Fadillah Agus, dalam makalah *Tanggungjawab Komando*.

⁸⁰ Fadillah Agus, makalah *Tanggungjawab Komando*, dalam Seminar “*Judging international Crimes under law 26/2000*”, Mahkamah Agung RI-Danish Institute for human Rights, Medan 24-26 April 2005.

⁸¹ Ketiga pasal tersebut berbunyi: I) **Pasal 1**: Pihak-pihak Peserta Agung berkewajiban untuk menghormati dan menjamin penghormatan atas Konvensi ini dalam segala keadaan. ii) **Pasal 45**: Setiap pihak dalam sengketa, melalui Komandan-komandan tertingginya harus menjamin pelaksanaan dari pasal-pasal terdahulu secara rinci dan menetapkan ketentuan-ketentuan untuk mengatur hal-hal yang tidak terduga, sesuai dengan asas-asas umum konvensi ini. iii) **Pasal 46**:

Dengan melihat ketiga Konvensi tersebut terdapat pengaturan tentang tanggung jawab negara dan khususnya para Komandan berkaitan dengan pelaksanaan Konvensi Jenewa 1949. Hal yang sama juga terdapat dalam Pasal 49 dan Pasal 50 Konvensi Jenewa I Tahun 1949 yang mengatur tentang tanggung jawab negara untuk menjatuhkan sanksi pidana kepada mereka yang melakukan pelanggaran berat hukum humaniter.⁸²

Dalam sejarah peradilan internasional, masalah tentang tanggung jawab komando ini juga diterapkan dalam Pengadilan Nuremberg dan Pengadilan Tokyo terhadap pelaku kejahatan perang dari Nazi Jerman

Setiap pihak dalam sengketa, melalui Komandan-komandan tertingginya, harus menjamin pelaksanaan dari pasal-pasal terdahulu dengan setepat-tepatnya dan menetapkan ketentuan-ketentuan untuk mengatur hal-hal yang tidak terduga, sesuai dengan asas-asas umum konvensi ini. Lihat Terjemahan Konvensi Jenewa I Dan II Tahun 1949.

⁸² Pasal 49 dan Pasal 50 berbunyi sebagai berikut: **Pasal 49:** Pihak peserta agung berjanji untuk menetapkan undang-undang yang diperlukan untuk memberi sanksi pidana efektif terhadap orang-orang yang melakukan atau memerintahkan untuk melakukan salah satu diantara pelanggaran berat atas konvensi ini seperti ditentukan di dalam pasal berikut.

Tiap Pihak Peserta Agung berkewajiban untuk mencari orang-orang yang disangka telah melakukan atau memerintahkan untuk melakukan pelanggaran-pelanggaran berat yang dimaksudkan, dan harus mengadili orang-orang tersebut, dengan tidak memandang kebangsannya. Pihak Peserta Agung dapat juga, jika dikehendakinya, dan sesuai dengan ketentuan-ketentuan perundang-undangannya sendiri, menyerahkan kepada Pihak Peserta Agung lain yang berkepentingan, orang-orang tersebut untuk diadili, asal saja Pihak Peserta Agung tersebut dapat menunjukkan suatu perkara *prima facie*.

Tiap Pihak Peserta Agung Harus mengambil tindakan-tindakan yang perlu untuk memberantas selain pelanggaran berat yang ditentukan dalam pasal berikut, segala perbuatan yang bertentangan dengan ketentuan-ketentuan Konvensi ini.

Dalam segala keadaan, orang-orang yang dituduh harus mendapat jaminan-jaminan peradilan dan pembelaan yang wajar, yang tidak boleh kurang menguntungkan dari jaminan-jaminan yang diberikan oleh Konvensi Jenewa tentang Perlakuan Tawanan perang tanggal 12 Agustus 1949 sebagaimana diatur dalam Pasal 105 dan seterusnya.

Pasal 50: Pelanggaran-pelanggaran berat yang dimaksudkan oleh pasal yang terdahulu ialah pelanggaran-pelanggaran yang meliputi perbuatan-perbuatan berikut, apabila dilakukan terhadap orang-orang atau milik yang dilindungi oleh konvensi: pembunuhan disengaja, penganiayaan atau perlakuan tidak berperikemanusiaan, termasuk percobaan-percobaan biologis, menyebabkan dengan sengaja penderitaan besar atau luka berat atas badan atau kesehatan, serta penghancuran yang luas dan tindakan perampasan atas harta benda yang tidak dibenarkan oleh kepentingan militer dan yang dilaksanakan dengan melawan hukum serta dengan semena-mena. Lihat Terjemahan Konvensi Jenewa 1949.hal.31-32.

(Pengadilan Nuremberg) dan pelaku kejahatan perang Jepang (Pengadilan Tokyo). Adapun pengadilan Nurenberg dibentuk berdasarkan piagam Nurenberg atau piagam London. Didalam Piagam London ini ditetapkan tiga kategori pelanggaran atau kejahatan yang menjadi yuridiksi dari mahkamah Nurenberg yaitu; kejahatan terhadap perdamaian (*crimes against peace*), kejahatan perang (*war crimes*), dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*). Yuridiksi Mahkamah tersebut diatur dalam Pasal 6 piagam Nurenberg⁸³, selain itu juga didalam Pasal 6 menegaskan tentang tanggungjawab individual dari pelaku kejahatan-kejahatan tersebut. Hal ini berarti bahwa tanggung jawab pelaku ketiga kejahatan tersebut tidak dilimpahkan kepada tanggungjawab negara (*state responsibility*) melainkan merupakan tanggungjawab

⁸³ Adapun bunyi pasal 6 Piagam Nurenberg adalah sebagai berikut: *The following acts, or any of them, are crimes coming within jurisdiction on the Tribunal for which there shall be individual responsibility:*

- a. *crimes Against Peace: namely, planning, preparation, intiation or waging a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agrrements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any af the foregoing.*
- b. *War crimes: namely violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in accupied territory, murder or ill-treatment of prisoner of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justifielf by military necessity.*
- c. *Crimes Againts Humanity: namely murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts commited against any civilian population, before or during the war, or persecutions, on political, racial or religious grounds in execution of or connection with any crime within the jurisdiction of tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.* Lihat Arlina Permanasari, dkk, 1999, *Pengantar hukum Humaniter*, ICRC, Jakarta, hal. 185. terjemahannya lihat Eddy Djunaidy, 2003, *dari Pengadilan Militer Internasional Nurenberg ke pengadilan hak Asasi manusia Indonesia*, PT. Tatanusa, Jakarta, hal. 25-26.

individu, dalam hal ini adalah tanggungjawab atasan yang memberi perintah⁸⁴

Dengan melihat kedua mahkamah tersebut (Nurenberg serta Tokyo) dapat dijelaskan bahwa apabila terjadi suatu kejahatan maka tanggungjawab berlaku bagi para pemimpin, organisator, pemicu dan penyerta yang ikut serta dalam merumuskan, atau melaksanakan rencana umum atau konspirasi untuk melakukan setiap kejahatan. Baik pihak yang memberi perintah dan yang melaksanakan perintah sama-sama bersalah melaksanakan kejahatan. Apabila Komandan yang bersangkutan tidak memerintahkan (memberi perintah secara langsung) kejahatan tersebut tetapi ia mengetahui atau semestinya mengetahui tindakan yang melanggar hukum dan tidak mengambil tindakan yang semestinya (*reasonable action*) maka komandan tersebut dapat dihukum⁸⁵ atau dipersalahkan karena terjadi "*wrongful act*" yaitu tidak melaksanakan pengendalian yang patut dan tidak melaksanakan "*legal obligation*" serta tidak menggunakan "*legal authority*" yang dimilikinya untuk mencegah atau menghentikan atau melaporkan pelaku kejahatan.⁸⁶

Kemudian konsep tanggung jawab komando ini diatur dalam ICTY (*International Criminal tribunal for the former Yugoslavia*) dan ICTR (Rwanda) serta ICC. Dalam ICTY tanggungjawab komando diatur dalam

⁸⁴ Arlina Permanasari, dkk, 1999, *Pengantar Hukum Humaniter*, ICRC, Jakarta, hal. 184-186.

⁸⁵ Natsri Anshari, *Makalah Tanggungjawab komando Menurut Hukum Internasional dan Hukum nasional Indonesia*.

⁸⁶ Sihombing, *Makalah Perintah Atasan Dan pertanggungjawaban komando dalam kejahatan perang*, Dalam Seminar nasional Problematika kejahatan perang dalam hukum pidana Indonesia, Pusat kajian HAM Dan Hukum Humaniter UNISBA-ICRC, Bandung 2005.

Pasal 7 ayat (3) yang menegaskan bahwa seorang komandan dapat dikenakan tanggungjawab mengenai kejahatan yang dilakukan oleh prajuritnya yang berada dibawah komandonya jika ia memerintahkan, atau menyadari atau memiliki alasan untuk mengetahui bahwa bawahannya akan melakukan kejahatan serta ia gagal untuk mengambil langkah yang diperlukan dan pantas guna mencegahnya. Hal yang sama juga dipertegas dalam Pasal 6 ayat (3) ICTR ⁸⁷.

Dengan melihat unsur-unsur yang ada dalam kedua statuta tersebut seperti yang dicantumkan dalam footnote 87, maka dapat dikatakan bahwa baik ICTY maupun ICTR tidak menganut konsep tanggungjawab komando yang bersifat luas seperti yang diterapkan dalam kasus Yamashita, melainkan lebih mengadopsi pertanggungjawaban yang bersifat terbatas (*limited liability*).

Ketentuan tentang tanggung jawab komando dalam ICTY maupun ICTR tidak membatasi pemberlakuan tanggungjawab komando hanya pada komandan militer atau hanya berlaku dalam suatu operasi militer yang melibatkan komando militer. Dengan demikian pemimpin politik atau pemimpin sipil lainnya dapat dikenakan pasal-pasal tentang tanggung jawab komando sebagaimana halnya komandan militer. Hal ini diatur dalam Pasal 7 ayat (2) statuta ICTY serta Pasal 6 ayat (2) ICTR yang

⁸⁷Di dalam *ICTY dan ICTR* tersebut terdapat unsur-unsur tanggung jawab komando yaitu: I) hubungan antara atasan dan bawahan; ii) unsur kesengajaan, dimana atasan mengetahui atau memiliki alasan untuk mengetahui kejahatan sedang dilakukan atau telah dilakukan oleh bawahannya; iii) atasan tidak mengambil tindakan-tindakan yang diperlukan untuk mencegah terjadinya kejahatan dan menghukum pelakunya. Natsri Anshari mengutip ICTY dan ICTR dalam makalah *Opcit*, hal. 77.

menegaskan bahwa apabila tertuduh sebagai seorang kepala negara atau pejabat tinggi maka hal tersebut tidak melepaskan mereka dari tanggungjawab atau menjadi faktor yang meringankan. Mengenai pertanggungjawaban komando yang diberlakukan pada atasan non militer ini diatur dalam Pasal 86 dan Pasal 87 Protokol tambahan I Konvensi jenuwa 1949 dan 1977. Pasal 86 memberlakukan tanggungjawab terhadap semua atasan atas kegagalannya untuk mencegah dan menindak tindak pidana yang dilakukan oleh anak buahnya. Sedangkan dalam Pasal 87 memberlakukan tugas khusus bagi komandan militer berdasarkan kewenangannya untuk melakukan pengendalian. Tanggungjawab komandan sebagai non militer dijelaskan juga dalam Pasal 28 statuta Roma tahun 1998. Salah satu contoh kasus tentang tanggung jawab komando bagi atasan non-militer adalah kasus *Celebici*⁸⁸.

Tanggung jawab komando juga dapat diterapkan dalam hal terjadinya kejahatan genosida⁸⁹, yaitu suatu kejahatan yang menurut hukum positif nasional dikategorikan sebagai salah satu pelanggaran HAM yang berat. Istilah genoside ini pertama-tama berasal dari konsepsi pemikir Polandia Raphael Lemkin, yakni sebagai orang yang pertama kali mengajukan istilah tersebut kekonferensi Internasional pada tahun 1933 untuk memasukkan "tindakan serangan terhadap kelompok bangsa, agama, dan etnis" sebagai kejahatan Internasional. Tiga tahun berselang

⁸⁸ Elsam, Dalam makalah *Konsep dan Unsur-unsur tanggungjawab komanda*.

⁸⁹ Menurut Raphael Lemkin istilah tersebut berasal dari bahasa yunani *genos*, berarti ras atau suku, dan istilah latinnya "*cide*" yang berarti pembunuhan. Menurutnya bahwa istilah tersebut sama juga dengan istilah "*ethocide*" terdiri dari kata yunani "*ethos*", artinya bangsa dan kata latin "*cide*".

sebelum istilah kejahatan yang dipopulerkan oleh Lemkin diatur secara khusus dalam sebuah konvensi, Mahkamah kejahatan perang di Nurenberg 1945 telah mengatur bentuk kejahatan ini dalam statutenya. Walaupun tidak digunakan istilah genoside namun, kejahatan ini masuk dalam definisi kejahatan terhadap kemanusiaan⁹⁰.

Adapun definisi Genosida dirumuskan dalam Konvensi 1948⁹¹ yang secara tegas telah dimasukkan sebagai dasar pengadilan Yugoslavia dan Rwanda serta mahkamah kejahatan Internasional (ICC=*International Criminal Court*), dengan mengatakan bahwa kejahatan genoside dapat terjadi dalam keadaan damai maupun perang. Salah satu juga hukum Internasional yang mengatur tentang genoside, terdapat dalam Resolusi 1946 yang menyatakan bahwa genoside merupakan penyangkalan terhadap hak eksistensi suatu kelompok, sebagaimana pembunuhan yang menyangkal hak hidup seseorang⁹².

Dalam perkembangannya, setelah *International Criminal Tribunal for Rwanda* banyak melakukan penuntutan terhadap para penjahat perangnya di Rwanda atas kejahatan genoside, dan pada tahun 1998 statuta Roma mencantumkan kejahatan ini sebagai salah satu yuridiksi

⁹⁰ Elsam, Presentasi dalam makalah *Genoside*.

⁹¹ Yang bunyinya adalah: genoside sebagai semua perbuatan yang dilakukan dengan tujuan untuk memusnahkan, seluruh atau sebagian, sebuah bangsa, etnis, suku bangsa atau kelompok agama, seperti: membunuh anggota-anggota kelompok tersebut, menyebabkan cedera serius pada badan atau mental anggota-anggota kelompok tersebut, sengaja menyebabkan kondisi hidup kelompok tertentu agar hancur secara fisik baik keseluruhan atau sebagian, memaksakan tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran dalam kelompok tersebut, memaksa memindahkan anak-anak kelompok satu ke kelompok lain. Lihat Diane F. Orentlicher dalam *Crimes Of War: What the Public Should Know*, 2004, editor Roy Gutman dan David Rieff, hal.188. Lihat juga Pasal 8 UU No. 26 Tahun 2000 (Pengadilan Hak Asasi Manusia).

⁹² Diane F. Orentlicher, *Opcit*, hal.190.

International criminal Court (ICC). Demikian pula UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, memasukkan genoside sebagai salah satu kejahatan yang termasuk kedalam yuridiksinya (pasal 8), yang diadopsi dari statuta ICC⁹³.

Di dalam limitations Convention 1968 diatur bahwa tidak ada daluwarsa bagi kejahatan terhadap kemanusiaan, genoside, kejahatan perang. Dan apabila kejahatan terjadi konvensi harus diterapkan pada perwakilan otoritas negara dan perorangan (pelaku utama, kaki tangan, partisipan, penghasut), yang bersekongkol untuk melakukan kejahatan, tanpa mempertimbangkan tingkat penuntasan kejahatan, dan terhadap otoritas negara yang memberikan toleransi terhadap kejahatan dan negara berkewajiban mengambil langkah-langkah yang diperlukan.

Istilah "kejahatan terhadap kemanusiaan" (*Crime Against humanity*) bermula sejak dikembangkan *Petersburg Declaration* tahun 1868. Namun perumusan kejahatan terhadap kemanusiaan itu sendiri belum dirumuskan dalam declaration tersebut, melainkan perumusan tersebut terdapat dalam konvensi Den Haag 1907 (*Haque Convention*), yang merupakan kodifikasi dari hukum kebiasaan mengenai konflik bersenjata. Dalam konvensi tersebut istilah kejahatan terhadap kemanusiaan memakai istilah "hukum kemanusiaan" (*laws of humanity*). Konvensi ini menyatakan bahwa hukum kemanusiaan (*laws of humanity*) merupakan dasar perlindungan bagi pihak kombatan maupun penduduk sipil dalam

⁹³ Makalah Kejahatan Terhadap kemanusiaan, Elsam hal.2

suatu konflik bersenjata. Adapun kodifikasi ini didasarkan kepada praktek negara yang diturunkan dari nilai-nilai dan prinsip-prinsip yang dianggap sebagai hukum kemanusiaan berdasarkan sejarah dari berbagai kebudayaan⁹⁴.

Berdasarkan hal di atas, kemudian pembunuhan besar-besaran terhadap warga Turki keturunan Armenia pada tahun 1915, digolongkan kedalam kejahatan terhadap kemanusiaan dan peradaban (*Crimes against humanity and civilizations*), sehingga mengundang intervensi humaniter dari Inggris, Perancis, Rusia, yang dianggap sah menurut hukum Internasional. Sejak itu kemudian masyarakat Internasional mengakui bahwa negara harus bertanggungjawab atas kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan negara terhadap warganegaranya⁹⁵.

Seusai Perang Dunia ke-II, pengadilan militer Internasional (International Military Tribunal/IMT) di Nuremberg memisahkan antara kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Pasal 6 Piagam London (*London charter*) merumuskan kejahatan perang (*war crimes*) sebagai pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan perang yang meliputi antara lain pembunuhan, perlakuan kejam, atau deportasi secara paksa untuk dijadikan budak, yang dilakukan terhadap penduduk sipil. Sedangkan yang termasuk kejahatan terhadap kemanusiaan termasuk didalamnya pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, deportasi dan

⁹⁴ *Ibid*

⁹⁵ *Ibid*

perbuatan yang tidak menusiawi lainnya yang dilakukan terhadap penduduk sipil, baik yang dilakukan sebelum atau ketika perang berlangsung. Kejahatan terhadap kemanusiaan ini juga meliputi penyiksaan terhadap penduduk sipil yang didasarkan pada alasan-alasan politik, rasial dan agama.

Empat puluh lima tahun setelah pengadilan Nurenberg masyarakat Internasional dikejutkan oleh sebuah kejadian dinegara bekas Yugoslavia, yang telah menewaskan ribuan orang termasuk lebih dua ratus personil PBB dan anggota pasukan perdamaian PBB, serta mengakibatkan pengungsian lebih dari 2,2 juta orang. Peristiwa ini kemudian mengundang reaksi Dewan Keamanan PBB yang kemudian membentuk mahkamah pidana Internasional untuk bekas negara Yugoslavia (*the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia/ICTY*) pada tahun 1993. Setahun kemudian konflik antar etnis di Rwanda, yang dalam waktu singkat menelan korban jiwa sekitar 800 orang, yang mengakibatkan pengungsian sekitar 2 juta orang. Kejadian ini kemudian mengundang dewan keamanan PBB untuk mendirikan Mahkamah pidana Internasional untuk Rwanda (*the International Criminal Tribunals for Rwanda*)/ ICTR. Kedua pengadilan internasional Ad hoc tersebut, yaitu ICTY dan ICTR, memasukkan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai yuridiksi kedua pengadilan tersebut.

Upaya masyarakat Internasional untuk memerangi dan menghapuskan kejahatan terhadap kemanusiaan semakin diintensifkan

dengan diakuinya prinsip yuridiksi universal, yaitu setiap pelaku kejahatan tersebut dapat diadili dimanapun, tanpa memperdulikan tempat perbuatan dilakukan, maupun kewarganegaraan pelaku dan korban. Hal ini dimaksudkan untuk mewujudkan prinsip *no save haven* (tidak ada tempat perlindungan) bagi pelaku kejahatan yang digolongkan kedalam *hostis humanis generis* (musuh seluruh umat manusia).

Perkembangan hukum Internasional untuk memerangi kejahatan terhadap kemanusiaan mencapai puncaknya ketika pada tanggal 17 Juli 1998, yakni pada waktu konferensi diplomatik PBB mengesahkan Statuta Roma tentang pendirian mahkamah pidana Internasional (*Rome Statute on the establishments of the International Criminal Court/ICC*), yang akan mengadili pelaku kejahatan yang amat serius dan menjadi perhatian masyarakat internasional, yaitu kejahatan terhadap kemanusiaan, genoside dan kejahatan perang⁹⁶.

C. Pembaharuan Hukum Pidana Nasional

Berbicara mengenai pembaharuan hukum pidana nasional tidak bisa dilepaskan dari pembaharuan hukum pidana secara keseluruhan (pengertian ini dapat dilihat dalam bab terdahulu dalam kerangka pemikiran). Oleh karena itu dalam bagian ini akan dibicarakan mengenai pembaharuan substansinya maupun proses pembentukan KUHP baru, upaya pembaharuan KUHP, pembaharuan sistim pertanggungjawaban pidana.

⁹⁶ *Ibid*

1. Pembaharuan Substansi KUHP

Pemerintah dalam melaksanakan penyusunan kodifikasi hukum yang bersifat nasional sebenarnya sudah dimulai pada waktu masih berlakunya UUDS 1950 sebagaimana tercantum dalam Pasal 102 yang berbunyi:

“Hukum perdata dan hukum dagang, hukum pidana sipil maupun hukum pidana militer, hukum acara perdata dan hukum acara pidana, susunan dan kekuasaan pengadilan diatur dengan undang-undang dalam Kitab-kitab hukum kecuali jika perundang-undangan menganggap perlu untuk mengatur beberapa hal dalam undang-undang tersendiri”.

Namun, maksud daripada masalah tersebut di atas belum dapat diwujudkan sejak tahun 1945 hingga sekarang. Sebagai contoh dapat dilihat dalam Pasal II Aturan peralihan UUD 1945, Pasal 192 Konstitusi RIS, dan Pasal 142 UUDS . Sejak kembali ke UUD 1945 pada tahun 1959, pada hakekatnya sebagian besar masih berlaku hukum yang sudah dikitabkan tahun 1918, walaupun sudah diberlakukannya UU No.73 tahun 1958⁹⁷, yang mengadakan beberapa perubahan dan penambahan dalam KUHP namun, pada umumnya masih memperkenalkan peraturan-peraturan yang dahulu, sebagaimana tercantum dalam Pasal V UU No.1 tahun 1946 Jo Pasal II Aturan peralihan UUD 1945 yang menyatakan bahwa harus dianggap seluruhnya atau sebagian, sementara tidak berlaku terhadap peraturan hukum pidana yang seluruhnya atau sebagian

⁹⁷ Adapun sarana dari UU tersebut adalah hanya mempersatukan kembali/menciptakan uniformitas pluralisme hukum pidana yang sebelumnya, yaitu dengan memberlakukan UU No.1 tahun 1946 untuk seluruh Indonesia. (lihat *Pengantar Konsep KUHP Buku 1 tahun 1971/1972*, Badan perencanaan lembaga pembinaan hukum Nasional seksi B, 1975, Jakarta).

sekarang tidak dapat dijalankan atau bertentangan dengan kedudukan RI sebagai negara merdeka⁹⁸.

Dengan melihat hal-hal yang dikemukakan di atas, dapat diketahui bahwa untuk memperbaharui KUHP di Indonesia, pada dasarnya sudah berlangsung sejak lama. Bahkan sebagian besar produk hukum di bidang hukum pidana material sejak tahun 1946 sampai tahun 1976 sekurang-kurangnya ada 16 produk undang-undang yang pada dasarnya telah diperbaharui tentang hukum pidana material⁹⁹. Bahkan sampai tahun 2004 sudah banyak produk undang-undang yang diperbaharui. Dengan menelusuri perubahan tersebut maka dibawah ini akan dijelaskan serta membedakan antara produk UU yang melakukan perubahan/penambahan terhadap KUHP dan produk UU yang berkembang diluar KUHP yang tidak mengubah/menambah KUHP.

Adapun produk UU yang melakukan perubahan/penambahan terhadap KUHP antara lain adalah:¹⁰⁰

1. Undang-undang No. 1 Tahun 1946

Pada intinya undang-undang ini menetapkan tentang peraturan pidana dengan dimulainya pembaharuan hukum pidana di Indonesia. Salah satu pasal yang melakukan pembaharuan adalah Pasal VI yang mengubah secara resmi nama "*wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie*" menjadi "*Wetboek van Strafrecht*" saja.

⁹⁸ *Ibid*

⁹⁹ Jimly Asshiddiqie, *Pemahaman hukum Pidana Indonesia*, 1995, Angkasa, Bandung, hal.19-22

¹⁰⁰ Lihat lebih lengkap *Pembaharuan hukum Pidana di Indonesia*, Prakoso Djoko, 1987, Liberty, Yogyakarta, hal.183-268. Lihat juga Soedarto, *Opcit*, hal.36-55. Lihat juga Wantjik Saleh, *pelengkap KUHP*, 1976, Ghalia Indonesia, Jakarta

2. Undang-undang No.20 Tahun 1946, yakni undang-undang yang menambah jenis pidana pokok baru terhadap ketentuan dalam Pasal 10 KUHP, berupa "Pidana Tutupan" yang merupakan "*custodia honesta*".

3. Undang-undang No.73 Tahun 1958

Undang-undang tersebut menentukan berlakunya UU No. 1 tahun 1946 tentang peraturan hukum pidana. Adapun peraturan tersebut adalah diadakan perubahan dan tambahan dalam hal penggunaan istilah KUHP dari "*Wetboek van Strafrecht voor nederlandsch Indie*" diubah menjadi "*Wetboek van Strafrecht*", disamping itu juga aturan-aturan yang tidak mempunyai arti lagi, harus dianggap seluruhnya atau sebagian sementara tidak berlaku, maka kata-kata "*in ned-Indie gevestigde*", dalam Pasal 14d misalnya dihilangkan, demikian pula seluruh isi Bab VI buku kedua, karena *tweegevecht* (perkelahian tanding) tidak pernah terjadi

5. Undang-undang No. 1 Tahun 1960.

Dalam undang-undang ini sanksi pidana yang diancamkan pada tiga delik *culpa* dinaikkan menjadi maksimum lima tahun penjara satu tahun atau kurungan. Delik tersebut tercantum dalam Pasal: 188, 359 dan 360 KUHP.

6. Peraturan pemerintah pengganti Undang-undang No. 16 Tahun 1960.

Peraturan tersebut mengubah kriterium untuk beberapa kejahatan ringan dalam KUHP, seperti pencurian ringan (pasal 364),

penggelapan ringan (Pasal 373), penipuan ringan (Pasal 379), kecurangan dalam penjualan yang ringan (Pasal 384) dan perusakan barang ringan (Pasal 407 ayat 1), diubah dari "*vijf en twintig gulden*" (dari 25 gulden) menjadi dua ratus lima puluh rupiah.

7. Peraturan Pemerintah pengganti Undang-undang N0. 18 tahun 1960.
Menetapkan sanksi pidana denda yang tercantum dalam KUHP dan beberapa ketentuan pidana lainnya. Sanksi pidana tersebut harus dibaca dalam mata uang rupiah dan jumlahnya dilipatgandakan menjadi lima belas kali. Namun hal tersebut juga harus dirubah karena tidak sesuai dengan keadaan sekarang.
8. Undang-undang No.1 PNPS tahun 1965, menambah satu pasal baru dalam KUHP yaitu Pasal 156 a, yang bertujuan melindungi agama terhadap ucapan dan praktek yang dipandang dapat mengurangi kesucian agama.
9. Undang-undang No. 4 Tahun 1976 tentang Penerbangan.
Undang-undang ini memuat perubahan dan penambahan dalam beberapa pasal yang bertalian dengan perluasan berlakunya ketentuan perundang-undangan pidana, khususnya dalam hal kejahatan terhadap sarana/prasarana penerbangan.

Sedangkan produk undang-undang yang berkembang diluar KUHP yang tidak mengubah/menambah KUHP antara lain adalah:¹⁰¹

¹⁰¹ Barda Nawawi Arief, Makalah *Masalah Penegakan Hukum Dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, 2000, Magister Ilmu Hukum UNDIP, Semarang. Hal.80

1. Undang-undang No.22 Tahun 1997 pengganti UU No.9 Tahun 1976 mengenai narkotika. Dalam Undang-undang ini tidak ada kualifikasi kejahatan dan pelanggaran, sedangkan dalam Undang-undang lama ada kualifikasi kejahatan dan pelanggaran (Pasal 50), selain itu juga dalam undang-undang baru yaitu UU NO. 22 Tahun 1997 menghilangkan ketentuan Pasal 49 UU No.9 tahun 1976 yang mengatur siapa-siapa yang dapat dipertanggungjawaban dalam hal delik yang dilakukan oleh badan hukum (korporasi).
2. Undang-undang No.23 Tahun 1997 mengenai Lingkungan Hidup.
Perubahannya hanya terhadap UU No.4 Tahun 1982 ("UU Payung"), dan tidak menyeluruh ke perundang-undangan sektoral.
3. Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang perlindungan konsumen
4. Undang-undang No. 31 Tahun 1999 tentang Korupsi, pengganti UU No. 3 Tahun 1971.

Materi undang-undang tersebut di atas masing-masing mengandung ketentuan-ketentuan yang berbeda atau menyimpang dari kelaziman yang di atur oleh KUHP. Penyimpangan dan perubahan terhadap materi KUHP itu tidak dapat tidak harus dilihat sebagai usaha yang penting untuk melakukan perubahan terhadap KUHP itu sendiri. Oleh karena itu secara substantif produk-produk hukum tersebut dapat dikatakan sudah merupakan bagian dari usaha pembaharuan KUHP itu sendiri. Artinya, proses pembaharuan KUHP itu pada dasarnya telah mulai dilakukan sejak ditetapkannya UU No.1 Tahun 1946, yaitu tidak lebih dari

satu tahun setelah Indonesia merdeka. Proses pembaharuan itu berlangsung terus tahap demi tahap sesuai dengan tingkat perkembangan kesadaran hukum dan kebutuhan masyarakat¹⁰².

Namun pembaharuan yang bersifat substansial melalui produk-produk undang-undang tersebut dapat dikatakan baru bersifat komplementer, parsial¹⁰³ dan sektoral. Di samping itu, sebenarnya ada usaha-usaha yang dapat dicatat secara khusus yang sifatnya lebih sistematis dan benar-benar total bermaksud mengganti KUHP (WvS) dengan KUHP baru yang pada saat ini sedang diproses.

2. Upaya Pembentukan KUHP (Baru)

Sebagaimana telah dikemukakan di atas, bahwa hukum dan sistem hukum di Indonesia terutama KUHP merupakan warisan kolonial Hindia Belanda yang sudah tidak sesuai lagi dengan kondisi, keadaan, dan kesadaran hukum masyarakat Indonesia yang telah merdeka dan berdaulat. Sudarto mengemukakan bahwa ada tiga alasan mengapa perlu diperbaharuinya KUHP tersebut, yaitu karena alasan politik, sosiologis, dan praktis (kebutuhan dalam praktek)¹⁰⁴.

¹⁰² Jimly Asshiddiqie, *Opcit*, Hal.22-23.

¹⁰³ Pembaharuan secara parsial (tambal sulam) adalah kegiatan bagaimana menyelesaikan KUHP dengan mengikuti perkembangan yang ada dalam masyarakat (hal ini mulai sejak tahun 1946). Sedangkan pembaharuan secara total adalah pembaharuan terhadap asas-asas, tindakan pidana, pertanggungjawaban pidana yang dirasakan sudah ketinggalan dengan perkembangan keyakinan hukum masyarakat (sejak tahun 1964). Bahan kuliah Barda Nawawi Arief, tgl 16 Oktober 2000, pada mahasiswa SPP Angkatan 1999-2000.

¹⁰⁴ Sudarto, *Opcit*, hal.32.

Melihat kondisi demikian, perlu dipikirkan pembentukan suatu Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang baru. Berkaitan dengan hal itu, maka akan diuraikan beberapa tahap yang telah dilakukan. Usaha yang pertama untuk menyusun KUHP yang baru dimulai dengan berdirinya LPHN (Lembaga Pembinaan Hukum Nasional), yang dibentuk dengan Keputusan Presiden Tahun 1958, Dalam lembaga ini dibentuk beberapa komisi diberbagai bidang, dalam hal hukum pidana antara lain Prof.Mr. Satochid Kartanegara. Tahun 1963 diadakan Seminar hukum nasional yang pertama yang mendesak untuk menyelesaikan KUHP nasional¹⁰⁵.

Setahun kemudian Departemen kehakiman mengeluarkan suatu konsep Rancangan undang-undang tentang "asas-asas dan dasar-dasar pokok tata hukum pidana dan hukum pidana Indonesia". Maksud pembentukan ini untuk menggantikan buku 1 KUHP, yang diubah bagian yang umum yang merupakan asas-asas dalam hukum pidana. Salah satunya mengenai asas legalitas yang diperluas dengan kemungkinan untuk menerapkan hukum tidak tertulis. Namun hasil dari Departemen kehakiman tersebut terdapat beberapa penyimpangan, sehingga pada tahun 1964 pada konggres PERSAHI (Perhimpunan Sarjana Hukum Indonesia) di Surabaya oleh Moeljatno konsep tersebut dibahas secara luas dalam bentuk prasaran, yang berjudul atas dasar atau asas-asas apakah hukum pidana kita dibangun? Hal ini merupakan kritik yang cukup pedas terhadap konsep tersebut. Namun dibalik itu terdapat persamaan

¹⁰⁵ Barda Nawawi Arief, *Bunga Ramapai Kebijakan Hukum Pidana*, 1996, Citra Aditya Bandung, hal.106.

antara departemen kehakiman dengan Moeljatno yang keduanya menolak KUHP yang ada, dan mencari konsepsi yang baru. Konsepsi mereka tentang dipisahkannya pengertian "perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana". Kemudian pada tahun 1968 LPHN mengeluarkan beberapa konsep peraturan perundang-undangan, satu diantaranya Konsep Rancangan KUHP buku 1 yang terdiri atas lima bab dan 82 Pasal¹⁰⁶. Kemudian hal ini direvisi berturut-turut dalam Konsep tahun 1971/1972, konsep tahun 1977 yang dikenal dengan sebutan "Konsep BAS", Konsep BAS inilah yang menjadi bahan utama penyusun konsep 1979 oleh pimpinan Prof Oemar Senoadji (periode 1979/1980-1981/1982). Dalam periode 1982-1986 sebagai pimpinan Tim adalah Prof Sudarto yang kemudian menjadi konsep 1986/1987 dibawah pimpinan Prof.Mr.Roeslan Saleh. Selanjutnya dalam periode 1987-1992 dipimpin oleh Mardjono reksodiputro hal tersebut direvisi menjadi konsep 1991/1992¹⁰⁷. Tim inilah yang berhasil memformulasikan dalam bentuk RUU. kemudian direvisi lagi menjadi konsep 1999/2000. Dan dari konsep tersebut direvisi menjadi konsep 2004 (RUU KUHP 2004) yang disosialisasikan ke publik tgl 23-24 maret 2005, di Hotel Sahid Jakarta.

Apabila melihat dalam RUU-KUHP produk tim yang baru tersebut secara fundamental berbeda dengan produk tim penyusun dari 1987-1993 (diketuai oleh Prof. Mardjono Reksodiputro). Dalam naskah yang baru (yang saat ini dirancang), pemerintah berusaha memformulasikan

¹⁰⁶ *Ibid*, hal.57-59.

¹⁰⁷ Barda Nawawi Arief, *Opcit*, hal.268.

sebanyak mungkin tindak pidana "baru" yang berkembang dalam suatu masyarakat modern yang belum dicakup dalam KUHP Hindia Belanda, yakni melakukan kebijakan kriminalisasi atau dekriminalisasi terhadap suatu perbuatan.¹⁰⁸

3. Pembaharuan Sistem Pertanggungjawaban Pidana.

Seperti penjelasannya yang terdahulu dijelaskan bahwa, dalam konsep 1971/1972 masih menyatukan antara perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana (aliran monistik). Namun didalam konsep itu juga tidak menjelaskan mengenai pengertian pertanggungjawaban pidana, asas kesalahan, dan pengertian kesengajaan dan kealpaan. Sedangkan

¹⁰⁸ Secara akademis, menurut Muladi, kriminalisasi dan dekriminalisasi harus berpedoman pada hal-hal sebagai berikut: (i) kriminalisasi tidak boleh berkesan menimbulkan "*overcriminalization*" yang masuk kategori "*the misuse of criminal sanction*", (ii) kriminalisasi tidak boleh bersifat ad hoc, (iii) kriminalisasi harus mengandung unsure korban baik secara actual maupun potensial, (iv) kriminalisasi harus mempertimbangkan analisa biaya dan hasil (*cost benefit principle*), (v) kriminalisasi harus memperoleh dukungan publik (*public support*), (vi) kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang "*enforceable*", (vii) kriminalisasi harus mengandung unsure subsosialitet (mengakibatkan bahaya bagi masyarakat meskipun kecil sekali, (viii) kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegak hukum untuk mengekang kebebasan itu. Lihat footnote Position Paper Advokasi RUU KUHP seri #7, dalam *Ke arah Mana Pembaharuan KUHP?*, Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM) 2005, Jakarta, hal.4,. Sedangkan menurut Bassiouni yang dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori Dan kebijakan Hukum Pidana*, 1998, Alumni, Bandung, hal.161-162: menyatakan bahwa keputusan melakukan kriminalisasi dan dekriminalisasi harus didasarkan pada kebijakan yang mempertimbangkan bermacam factor, termasuk:

- a. Keseimbangan sarana-sarana yang digunakan dalam hubungannya dengan hasil yang dicari atau yang ingin dicapai (*the proportionality of the means used in relationship to the outcome obtained*).
- b. Analisa biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang dicari (*the cost analysis of the outcome in relationship to the objectives sought*).
- c. Penilaian atau penaksiran tujuan-tujuan yang dicari itu dalam kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber-sumber tenaga manusia (*the appraisal of the objective sought in relationship to other priorities in the allocation of resources of human power*).
- d. Pengaruh social dari kriminalisasi dan dekriminalisasi yang berkenaan dengan pengaruh-pengaruhnya yang sekunder (*the social impact of criminalization and decriminalization in terms of its secondary effects*).

dari konsep 1981/1982, konsep 1986/1987, konsep 1991/1992, serta konsep 1999/2000-sampai dengan konsep 2005 sudah adanya pemisahan antara perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana, serta sudah diuraikan tentang kesalahan, pertanggungjawaban pidana serta kesengajaan dan kealpaan.

Selanjutnya dalam RUU KUHP 2005, para perancang UU memperkenalkan beberapa konsep baru di dalam buku I adalah mengenai dimasukkannya pertanggungjawaban pidana perusahaan (*corporate criminal responsibility*) serta diterapkannya *vicarious liability*).¹⁰⁹

a. Konsep Asas Kesalahan

Konsep asas kesalahan (*culpabilitas*) merupakan salah satu bagian dari prinsip keseimbangan mono-dualistik (keseimbangan antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu)¹¹⁰.

Asas kesalahan (*culpabilitas*) dalam konsep 1987/1988 dirumuskan dalam Pasal 31. Sedangkan dalam konsep 1991/1992 dan selanjutnya dalam konsep 2004 asas culpabilitas diatur dalam Pasal 35 ayat (1) dan konsep 2005 diatur dalam Pasal 37 ayat (1), yang berbunyi: "Tidak seorang pun

¹⁰⁹ Position Paper Advokasi RUU KUHP seri #7, *Opcit*, hal.6

¹¹⁰ Pandangan ini biasanya dikenal dengan istilah "*Daad-dader strafrecht*", yaitu hukum pidana yang memperhatikan segi-segi obyektif dari "perbuatan" (*daad*) dan juga segi-segi subyektif dari "orang/pembuat" (*dader*). Lihat Barda Nawawi Arief, *Opcit*, hal.107-108.

dapat dipidana tanpa kesalahan”¹¹¹. Dalam penjelasan ayat ini dikemukakan bahwa yang dimaksud dengan kesalahan adalah keadaan jiwa seseorang yang melakukan perbuatan sedemikian rupa sehingga orang itu patut dicela. Jadi Apabila pelaku mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana, ia akan dijatuhi pidana. Sebaliknya, walaupun telah melakukan perbuatan yang dilarang dan perbuatan tersebut diancam dengan pidana, ia tidak akan dijatuhi pidana¹¹². Dengan demikian asas tiada pidana tanpa kesalahan merupakan asas yang sangat fundamental dalam mempertanggungjawabkan pembuat yang telah melakukan tindak pidana. Hal ini pada prinsipnya asas tersebut bertolak pada pertanggungjawaban pidana berdasarkan asas kesalahan (*liability based on fault*)¹¹³.

Meskipun, pada prinsipnya, asas tiada pidana tanpa kesalahan merupakan asas fundamental, akan tetapi dalam hal-hal tertentu dapat dikecualikan untuk meniadakan asas kesalahan tersebut, yaitu dengan apa yang disebut dengan *strict liability* (pertanggungjawaban yang ketat) dan *vicarious liability* (pertanggungjawaban pengganti)¹¹⁴. Dalam konsep 1991/1992 hal tersebut dirumuskan dalam Pasal 37 dan Pasal 36, sedangkan dalam Konsep 2004 dirumuskan dalam Pasal 35 ayat (2) dan

¹¹¹ Tim peneliti Universitas Negeri Jember, Bahayangkara Surabaya, Unika soegiyapranoto-Komite Internasional palang merah (ICRC), dalam penelitian *Pencegahan Dan penanggulangan Kejahatan perang dalam hukum Pidana*, 2005, mengutip dalam Konsep RUU KUHP 2004.

¹¹² karena dalam hal, pengertian perbuatan pidana tidak termasuk pertanggung jawab pidana karena perbuatan pidana hanya menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan dengan suatu pidana. Lihat Moeljatno, *Opcit*, hal.153.

¹¹³ Barda Nawawi Arief, *Opcit*, hal.95.

¹¹⁴ *Ibid*.

Pasal 35 ayat (3). Kedua perumusan pasal tersebut merupakan hal yang baru karena selama ini tidak dikenal dalam KUHP, namun menurut pendapat dari Nico Keizer dan Schaffmeister bahwa dianutnya doktrin tersebut bertentangan dengan asas *mens-rea* (asas kesalahan)¹¹⁵. Namun Barda Nawawi Arief berpendapat, bahwa perkecualian atau penyimpangan dari suatu asas jangan dilihat semata-mata sebagai suatu pertentangan (kontradiksi) tetapi harus juga dilihat sebagai pelengkap (*complement*) dalam mewujudkan asas keseimbangan (kepentingan masyarakat dan kepentingan individu. Dalam hal ini penulis juga berpendapat seperti Barda Nawawi Arief, yaitu bahwa suatu peraturan diubah untuk melindungi kepentingan masyarakat dan kepentingan individu. Namun penggunaan prinsip tersebut harus dibatasi untuk kejadian-kejadian tertentu yang ditentukan secara tegas oleh undang-undang agar tidak digunakan secara sewenang-wenang.

Untuk lebih jelasnya penggunaan kedua prinsip tersebut maka hendaknya mempertimbangkan batas-batas; a) sejauh mana akibat-akibat yang ditimbulkan oleh perkembangan delik-delik baru itu mengancam kepentingan umum yang sangat luas dan eksistensi pergaulan hidup sebagai totalitas, b) sejauh mana nilai-nilai keadilan berdasarkan Pancasila membenarkan asas ketiadaan kesalahan sama sekali¹¹⁶. Berikut akan dibicarakan kedua penyimpangan asas tersebut, serta konsep

¹¹⁵ dikutip oleh Barda Nawawi Arief, *Ibid*, hal.112.

¹¹⁶ Muladi dan Barda Nawawi Arief,, *Opcit*, hal.147.

pertanggungjawaban korporasi yang erat dengan kedua penyimpangan asas tersebut.

b. Penyimpangan asas kesalahan

1. Konsep *Strict Liability* (pertanggungjawaban yang ketat)

Jenis pertanggungjawaban ini dalam RUU KUHP 2004 diatur dalam Pasal 35 ayat (2) ¹¹⁷. Sedangkan dalam konsep 1991/1992 hal ini diatur dalam Pasal 37, dan konsep 2005 diatur dalam Pasal 38 ayat (1).

Issue *strict liability*¹¹⁸ atau pertanggungjawaban tanpa kesalahan (*liability without fault*) merupakan suatu pengembangan yang penting dalam hukum pidana dalam abad ini, baik melalui pengundangan oleh pembentuk undang-undang atau melalui interpretasi oleh pengadilan untuk melarang perbuatan tertentu tanpa memperhatikan kesalahan seseorang.¹¹⁹

¹¹⁷ Pasal 35 ayat (2) tersebut berbunyi: "bagi tindak pidana tertentu, undang-undang dapat menentukan bahwa seseorang dapat dipidana semata-mata karena telah dipenuhinya unsur-unsur tindak pidana tersebut tanpa memperhatikan adanya kesalahan. Lihat dalam konsep RUU KUHP 2004.

¹¹⁸ Hulsman, *Sistim Peradilan Pidana Dalam Perspektif Perbandingan Hukum Pidana*, 1984, Rajawali Pers, Jakarta, hal.121. yang menyatakan bahwa dalam ilmu pengetahuan hukum pidana terdapat perbedaan pendapat mengenai doktrin ini, sebagian pendapat menyatakan bahwa prinsip "tidak terdapat sama sekali kesalahan" harus dapat diterapkan, kecuali dalam kesalahan yang besar pada pelaku, sedangkan yang lain mengatakan bahwa penerapan asas ini harus dibuat persyaratan yang lebih ketat, tergantung pada kasus-kasus bersangkutan. Pendapat lain mengenai doktrin ini dalam hukum pidana sebagaimana dikemukakan oleh Roeslan Saleh, *Suatu Reorientasi Dalam Hukum Pidana*, 1983, Aksara baru, Jakarta, hal.21 menyatakan bahwa: dalam praktek pertanggungjawaban pidana menjadi lenyap, jika ada salah satu keadaan-keadaan yang memaafkan. Praktek pula melahirkan aneka macam tingkatan keadaan-keadaan mental yang dapat menjadi syarat ditiadakannya pengenaan pidana, sehingga dalam perkembangannya lahir kelompok kejahatan yang untuk pengenaan pidananya cukup dengan *strict liability*.

¹¹⁹ Tim peneliti, *opcit*, hal.13 mengutip Packer Herbert, *Limits of criminal Sanction* 1968, Stanford University Press, California, hal.13.

Lebih jelas lagi, Muladi dan Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa dalam pengertian *strict liability*, seseorang sudah dapat dipertanggungjawabkan walaupun pada diri orang itu tidak ada *mens rea* untuk tindak-tindak pidana tertentu¹²⁰. Namun hal ini tidak mendapat respons para guru besar Belanda (lihat penjelasan di atas). Demikian juga, Thomas Morawetz berpendapat sama dengan Muladi dan Barda Nawawi arief, dengan menyatakan bahwa kita telah banyak menyaksikan jenis tindak pidana yang dipertanggungjawabkan secara *strict* dalam dua puluh hingga tiga puluh tahun terakhir ini. Adapun, alasan yang membenarkan pembuat undang-undang memasukkan asas *strict liability* ke dalam perundang-undangan pidana karena perbuatan-perbuatan tertentu dapat menimbulkan bahaya potensial yang serius terhadap keselamatan publik. Sebagai contoh yang praktis dikemukakan oleh Muladi dan Barda, misalnya A, pemegang lisensi untuk menjual minuman keras, tetap dipertanggungjawabkan atas perbuatannya menjual minuman keras kepada seorang yang mabuk (B) walaupun dapat dibuktikan bahwa A tidak mengetahui B itu mabuk.

¹²⁰ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Opcit*, hal.141. menurut Curzon yang dikutip oleh Muladi dan Barda nawawi Arief, *Ibid*, bahwa penerapan *strict liability* ini didasarkan pada alasan-alasan sbb: (i) adalah sangat essensial untuk menjamin dipatuhinya peraturan-peraturan penting tertentu yang diperlukan untuk kesejahteraan masyarakat, (ii) pembuktian adanya asas *mens rea* akan menjadi sangat sulit untuk pelanggaran-pelanggaran yang berhubungan dengan kesejahteraan masyarakat itu, (iii) tingginya tingkat “bahaya sosial” yang ditimbulkan oleh perbuatan yang bersangkutan. Argumentasi yang hampir serupa dikemukakan olehnya dalam buku *Ted Honderich*, dimana alasan-alasan tersebut adalah: (I) sulitnya membuktikan pertanggungjawaban untuk tindak pidana tertentu, (ii) sangat perlunya mencegah jenis-jenis tindak pidana tertentu untuk menghindari adanya bahaya-bahaya yang sangat luas (iii) pidana yang dijatuhkan sebagai akibat dari *strict liability* adalah ringan. Dikutip oleh Muladi dan Dwija Priyatno, *Pertanggungjawaban Korporasi Dalam Hukum Pidana*, 1991, Sekolah Tinggi Bandung, hal.88.

2. Konsep *Vicarious Liability* (tanggung jawab pengganti)

Doktrin ini diartikan pertanggungjawaban secara hukum dari seseorang atas perbuatan salah yang dilakukan oleh orang lain (*the legal responsibility of one person for the wrongful acts of another*). Pertanggungjawaban demikian misalnya, terjadi dalam hal perbuatan-perbuatan yang dilakukan oleh orang lain itu ada dalam ruang lingkup pekerjaan atau jabatannya. Jadi pada umumnya terbatas pada kasus-kasus yang menyangkut hubungan antara majikan dengan buruh, pembantu atau bawahannya. Dengan demikian dalam pengertian "*vicarious liability*" ini, walaupun seseorang tidak melakukan sendiri suatu tindak pidana dan tidak mempunyai kesalahan dalam arti yang biasa, ia masih tetap dapat dipertanggungjawabkan.¹²¹

Dalam Konsep 1991/1992 *vicarious liability* dirumuskan dalam Pasal 36 dan dalam konsep 2004 terdapat dalam Pasal 35 ayat (3), sedangkan dalam konsep 2005 diatur dalam Pasal 38 ayat (3).¹²² Rumusan dari pasal tersebut dikemukakan juga oleh Roeslan Saleh, ia berpendapat bahwa selain seseorang bertanggungjawaban atas perbuatan-perbuatannya sendiri, akan tetapi dalam hal tertentu orang juga bertanggungjawab atas perbuatan orang lain.¹²³

¹²¹ Muladi dan Barda Nawawi arief, *Opcit*, hal.141.

¹²² Pasal tersebut berbunyi: Dalam hal ditentukan oleh undang-undang, setiap orang dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukan oleh orang lain. Lihat konsep 2005.

¹²³ Roeslan saleh, *Pikiran-Pikiran tentang pertanggungjawaban Pidana*, 1982, Ghalia Indonesia, Jakarta. Hal.32

Lebih jauh lagi Peter Gillies menulis bahwa *vicarious liability* dalam hukum pidana dapat digambarkan sebagai pengenaan pertanggungjawaban pidana kepada seseorang dalam kapasitas pelaku utama, berdasarkan atas perbuatan pelanggaran atau sekurang-kurangnya ada unsur pelanggaran yang dilakukan oleh orang lain. Contoh dari bentuk pertanggungjawaban itu adalah hubungan antara karyawan dan pimpinan (*employer-employee situation*).¹²⁴

Kaitannya dengan contoh tersebut maka menurut doktrin *vicarious liability*, dalam hal majikan (*employer*) merupakan penanggung jawab utama dari perbuatan-perbuatan para buruh/karyawan yang melakukan perbuatan itu dalam ruang lingkup/pekerjaannya (*in the course of employment*)¹²⁵. Contoh yang diberikan oleh Peter tersebut identik dengan rumusan yang terdapat dalam *Black law dictionary, imputed liability* diartikan *indirect legal responsibility; for example, the liability of an employer for the acts of an employee, or a principal for torts and contracts of an agent*.¹²⁶

¹²⁴ Tim peneliti, *Opcit* hal.15 mengutip Peter Gillies, *Criminal Law*, 1990, Second Edition, Sydney: The Law Book Company. hal.107

¹²⁵ Hal yang sama juga berlaku di negara Australia, dimana dalam "*the vicar's criminal act*" (perbuatan dalam delik *vicarious*) dan *the vicar's gualty*" (kesalahan/sikap batin jahat dalam delik *vicarious* dapat dihubungkan dengan majikan atau pembuat. Lain halnya dengan negara Inggris dimana "*a guilty mind*" hanya dapat dihubungkan dengan majikan apabila ada delegasi kewenangan dan kewajiban yang relevan menurut undang-undang. Lihat makalah Barda Nawawi Arief dalam *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, edisi 28 Mei 2001 dalam mata kuliah Kapsel, hal.9 mengutip Peter Gillies, *ibid*.

¹²⁶ Hamzah Hatrik, *Asas Pertanggungjawaban Korporasi Dalam Hukum Pidana Indonesia*, 1996, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal.14-15 mengutip dari Henry Campell Black, 1979, hal.1404.

3. Konsep Pertanggungjawaban Korporasi

Konsep pertanggungjawaban korporasi dalam hukum pidana dipandang sebagai subyek tindak pidana. Dalam naskah rancangan KUHP 2004 diatur dalam Pasal 44 s/d Pasal 50¹²⁷, dan dalam konsep

¹²⁷ Pasal 44 sampai dengan Pasal 50 dalam konsep 2004 masing-masing menentukan: I) **Pasal 44**: Korporasi merupakan subyek tindak pidana; ii) **Pasal 45**: Tindak pidana dilakukan oleh korporasi apabila dilakukan oleh orang-orang yang bertindak untuk dan atas nama korporasi atau demi kepentingan korporasi, berdasarkan hubungan kerja atau berdasar hubungan lain, dalam lingkup usaha korporasi tersebut, baik sendiri-sendiri atau bersama-sama; iii) **Pasal 46**: Jika tindak pidana dilakukan oleh korporasi, pertanggungjawaban pidana dikenakan terhadap korporasi dan/atau pengurusnya; iv) **Pasal 47**: Korporasi dapat dipertanggungjawabkan secara pidana terhadap suatu perbuatan yang dilakukan untuk dan/atau atas nama korporasi, jika perbuatan tersebut termasuk dalam lingkup usahanya sebagaimana ditentukan dalam anggaran dasar atau ketentuan lain yang berlaku bagi korporasi yang bersangkutan; v) **Pasal 48**: Pertanggungjawaban pidana pengurus korporasi dibatasi sepanjang pengurus mempunyai kedudukan fungsional dalam struktur organisasi korporasi; vi) **Pasal 49 (1)** Dalam mempertimbangkan suatu tuntutan pidana, harus dipertimbangkan apakah bagian hukum lain telah memberikan perlindungan yang lebih berguna daripada menjatuhkan pidana terhadap suatu korporasi, (2) Pertimbangan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) harus dinyatakan dalam putusan hakim; vii) **Pasal 50**: Alasan pemaaf atau alasan pembenar yang dapat diajukan oleh pembuat yang bertindak untuk dan/atau nama korporasi, dapat diajukan oleh korporasi sepanjang alasan tersebut langsung berhubungan dengan perbuatan yang didakwakan kepada korporasi. Dalam naskah rancangan KUHP 1999/2000 Pasal 44 s/d Pasal 49 masing-masing menentukan: I) **Pasal 44**: Korporasi dapat dipertanggungjawabkan dalam melakukan tindak pidana, penjelasannya: berdasarkan ketentuan ini korporasi telah diterima sebagai subyek hukum pidana, dalam arti dapat dipertanggungjawabkan secara pidana atas perbuatan yang telah dilakukan; ii) **Pasal 45**: idem dengan Pasal 46 konsep 2004, penjelasannya: cukup jelas; iii) **Pasal 46**: idem dengan Pasal 47 konsep 2004, penjelasannya : Mengenai kedudukan sebagai pembuat dan sifat pertanggungjawaban pidana dari korporasi terdapat kemungkinan sebagai berikut: a) Pengurus korporasi sebagai pembuat dan oleh karena itu penguruslah yang bertanggung jawab; b) korporasi sebagai pembuat dan pengurus yang bertanggung jawab; c) korporasi sebagai pembuat dan juga sebagai yang bertanggung jawab, oleh karena itu jika suatu tindak pidana dilakukan oleh dan untuk suatu korporasi, maka penuntutannya dapat dilakukan dan pidananya dapat dijatuhkan terhadap korporasi sendiri, atau korporasi dan pengurusnya, atau pengurusnya saja. iv) **Pasal 47**: idem dengan Pasal 48 konsep 2004, penjelasannya: sebagaimana ditentukan dalam Pasal 44 tanggung jawab korporasi dalam hukum pidana telah diterima sebagai suatu prinsip hukum. Namun korporasi tidak dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana terhadap semua obyek, kecuali jika secara khusus telah ditentukan bahwa perbuatan tersebut masuk dalam lingkungan usahanya. Hal ini harus ternyata dari anggaran dasar atau ketentuan-ketentuan lain yang berlaku sebagai demikian untuk korporasi yang bersangkutan; v) **Pasal 48**: idem dengan Pasal 49, penjelasannya: ayat (1) cukup jelas, ayat (2) Dalam hukum pidana, penjatuhan pidana selalu harus dipandang sebagai *ultimatum remedium*. Oleh karena itu, dalam menuntut korporasi harus dipertimbangkan apakah bagian hukum lain telah memberikan perlindungan yang lebih berguna dibandingkan dengan tuntutan pidana dan ppidanaan. Jika memang telah ada bagian hukum lain yang mampu memberikan perlindungan yang lebih berguna, maka tuntutan pidana atas korporasi tersebut dapat dikesampingkan. Penyampingan tuntutan pidana atas korporasi tersebut harus didasarkan pada

1999/2000 diatur dalam Pasal 44 s/d Pasal 49, sedangkan dalam konsep 1991/1992 diatur dalam Pasal 146 dan Pasal 45,46,47,48 dan 49, dalam konsep 2005 diatur dalam Pasal 47 s/d 53. Apabila melihat dalam konsep-konsep tersebut maka bunyi/rumusan dari pasal-pasal, tidak terdapat perbedaan, yang berbeda hanya letak pasalnya.

Kaitannya dengan Pasal 44, serta Pasal 46 konsep 2004, yang dalam konsep 2005 terdapat dalam Pasal 47 serta Pasal 49, apabila perumusannya diterapkan dalam tindak pidana diluar KUHP tersebut kurang jelas karena tidak menentukan secara pasti kapan suatu badan hukum dapat dinyatakan sebagai pembuat atau telah melakukan tindak pidana. Untuk itu perlu ditetapkan spesifikasi atau identitas yang jelas siapa yang dinyatakan sebagai pembuat.¹²⁸

Kaitannya dengan badan hukum apabila digolongkan sebagai pembuat yang harus bertanggungjawab maka bukan tidak mungkin pembuat tindak pidana korporasi dapat juga diterapkan dengan Pasal 55 dan Pasal 56 KUHP dalam Konsep 2005 diatur dalam Pasal 21 s/d Pasal 23 tentang penyertaan dan perbantuan . Hal ini lebih dipertegas oleh Roeslan Saleh dengan melalui suatu contoh, apabila suatu badan hukum dikatakan telah melakukan delik ekonomi, yang oleh beliau perbuatannya

motif atau alasan yang jelas; vi) **Pasal 49**: idem dengan Pasal 50, penjelasannya; cukup jelas. Dalam naskah rancangan KUHP 1991/1992 Pasal 146 dan Pasal 45 s/d Pasal 49 masing-masing menentukan: I) **Pasal 146**: Korporasi adalah kumpulan terorganisasi dari orang dan atau kekayaan, baik merupakan badan hukum atau pun bukan; ii) **Pasal 45**: idem dengan Pasal 44 konsep 2005 serta konsep 1999/2000; iii) **Pasal 46**: idem, iv) **Pasal 47**: idem, v) **Pasal 48**: idem, vi) **Pasal 49**: idem dengan Pasal 50 konsep 2004.

¹²⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *opcit*, hal.134. dan 146. Contoh dari perumusan Pasal tersebut dapat di lihat dalam UU No.7/1955 (Tindak pidana ekonomi dalam Pasal 15:1), UU No.11 1963 (Pemberantasan kegiatan subversi) dan Pasal 99 UU No.22 tahun 1997 (UU narkotika), Hal ini dalam UU No. 9 Tahun 1976 terdapat dalam Pasal 49.

dibahas dengan judul “Penyertaan”. Selanjutnya menurut Roeslan Saleh diberlakukan asas kesalahan pada badan hukum tidak mutlak berlaku, hal ini dapat dikesampingkan dengan menerapkan asas *strict liability* dan *vicarious liability*.¹²⁹

Namun, hal ini perlu dipertanyakan apakah dalam hal perluasan pertanggungjawaban korporasi kedua konsep tersebut memang diperlukan?. Hal ini didasarkan pada kenyataan, tidak banyak pemidanaan yang dikenakan kepada korporasi. Oleh karena itu, apakah sudah waktunya untuk dipecahkan oleh pembuat undang-undang?¹³⁰

Hal ini dicoba dijawab oleh Hamzah Hatrik, yang berpendapat bahwa pertimbangan dimasukkan perumusan konsep *strict liability* dan *vicarious liability* dalam KUHP nasional didasarkan pada realitas, bahwa akhir-akhir ini kerugian yang ditimbulkan dalam kaitannya dengan kejahatan korporasi, baik bagi individu maupun masyarakat dan negara adalah sangat besar. (Misalnya yang lagi gencar-gencarnya saat ini adalah pemakain bahan formalin , yang sebenarnya tidak boleh dikonsumsi oleh konsumen pada makanan). Hal ini lebih dipertegas lagi oleh Muladi yang mengatakan bahwa pemidanaan korporasi dilakukan atas dasar kepentingan masyarakat dan tidak atas dasar tingkat

¹²⁹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Opcit*, hal.138-139, mengutip pada Roeslan Saleh, *Perbuatan pidana Dan pertanggung jawaban Pidana*, 1968, Centra, Jakarta, hal.117, 124.

¹³⁰ Hamzah Hatrik, *opcit*, hal.15 mengutip Sudarto dalam “*Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*”, dalam BPHN, Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, 1986, Binacipta, Bandung.

kesalahan subyektif. Dalam hal ini, *strict liability* merupakan refleksi kecenderungan untuk menjaga keseimbangan kepentingan sosial.¹³¹

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, maka sangat wajar apabila kedua asas tersebut dapat diterapkan sebagai asas pertanggungjawaban korporasi kedalam konsep KUHP.

¹³¹ Hamzah Hatrik, *Op cit*, hal.15-16.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Penerapan Tanggung Jawab Komando dalam Kasus-kasus Pelanggaran Berat HAM di Indonesia.

1. Pengaturan Tanggung Jawab Komando dalam Hukum Positif

Hukum hak asasi manusia di Indonesia berdasarkan Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 mengatur pertanggungjawaban komandan militer sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 42. Di dalam sistem hukum pidana Indonesia juga dikenal apa yang disebut sebagai pertanggungjawaban pidana. Mengenai istilah ini di dalam bahasa Belanda terdapat tiga kata yang sinonim, yaitu *aanspraakelijk*, *verantwoordelijk*, dan *toerekenbaar*. Orangnyanya yang *aanspraakelijk* atau *verantwoordelijk*, sedangkan *toerekenbaar* bukanlah orangnyanya, tetapi perbuatan yang dipertanggungjawabkan kepada orang, biasanya pengarang lain memakai istilah *toerekenbaar*¹³².

Dalam hal pertanggungjawaban pidana dikenal beberapa pembatasan, yang tidak semua orang yang dapat dimintakan pertanggungjawaban menurut hukum. Hal tersebut diatur dalam Pasal 44, 48, 49, 50 dan 51 KUHP yang mengatur tentang pengecualian pelaku dari

¹³² Hamzah, S, 1991. *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta. Hal. 108 mengutip Pompe

pertanggungjawaban pidana. Namun lain halnya dengan pertanggungjawaban di lingkup militer, seorang komandan tidak dapat bebas dari pertanggungjawaban pidana, apabila ia mengetahui bahwa anak buanya telah atau akan melakukan kejahatan yang berhubungan dengan tugas mereka dan sepanjang perbuatan tersebut bersifat melawan hukum dan jika ia tidak mencegah/bertindak dan hanya membiarkan/tidak melakukan sesuatu (*omission*) maka komandan tersebut tetap dipertanggungjawabkan, karena adanya hubungan khusus, antara komandan (*superior*) dan bawahan (*inferior*). Berdasarkan *precedents/case law* hubungan atasan dan bawahan dapat didasari atas dasar *de jure* dan *de facto*. *De jure* ialah pengangkatan seseorang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang mengatur hubungan hierarki seorang atasan dengan bawahan beserta tugas masing-masing, *de facto* merupakan hubungan atasan bawahan dalam kenyataannya di lapangan antara lain bagaimana pandangan unit kerja terhadap atasan.¹³³ Dalam kasus yang diadili oleh pengadilan pidana internasional (ICTR dan ICTY) para terdakwa yang didakwa sebagai seorang atasan oleh karena secara *de facto* dan *de jure* adalah kasus akeyashu, yang didakwa karena mempunyai otoritas *de Jure* dan *de facto* baik terhadap golongan sipil, maupun polisi dan tentara.¹³⁴

¹³³ Karnasudirdja Eddy Djunaedy, “*Tanggung Jawab Seorang Atasan Terhadap Bawahan Yang Melakukan pelanggaran HAM Berat dan Penerapannya Oleh Pengadilan Pidana Internasional Dan Pengadilan Hak Azasi manusia Indonesia*”, 2006, Tetanusa, Jakarta. Hal 41-42.

¹³⁴ Lihat putusan Trial Chamber ICTR dalam kasus Akeyashu.

Mengenai pertanggungjawaban di lingkup militer sebenarnya bermula dari yurisprudensi yang terkenal, yaitu berkenaan dengan kasus-kasus setelah Perang Dunia II terhadap para penjahat perang NAZI Jerman dan Fasis Jepang, yang dipertanggungjawabkan atas perbuatan atau tindakan semasa peperangan melalui suatu pengadilan yang dikenal dengan nama "*The Nuremberg Trial*" dan "*The Tokyo Trial*" (1948)¹³⁵. Pengadilan yang mengadili penjahat perang Jerman dan Jepang ini memperoleh pengakuan secara resmi dari Majelis Umum PBB melalui resolusinya tanggal 11 Desember 1948. Dengan pengakuan tersebut, maka validitas peradilan Nuremberg dan penerapannya pada kemudian hari, tidak akan dipersoalkan lagi. Bahkan pada masa yang akan datang, yurisdiksi peradilan atas pelaku kejahatan perang diperluas mencakup juga kejahatan terhadap kemanusiaan, dan perdamaian, yang dilakukan dalam kaitan peperangan.

Kasus-kasus yang diputus oleh pengadilan militer Internasional (*IMT*) tersebut antara lain kasus terhadap penjahat perang Jepang Jenderal Tomoyuki Yamashita, yang dijatuhi hukuman mati karena terbukti bahwa ia sebagai seorang komandan tertinggi/gubernur militer Jepang di Philipina telah gagal mengawasi bawahannya yang melakukan kejahatan-kejahatan perang dan kekejaman lainnya yang nyata-nyata bertentangan dengan hukum internasional. Meskipun Yamashita dalam pembelaannya mengatakan bahwa ia tidak mengetahui perbuatan

¹³⁵ Atmasasmitha, R, 1995. *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Eresco, Bandung. Hal.14.

pasukannya karena ia kehilangan komunikasi karena jaraknya ratusan mil dari tempatnya, namun Yamashita tetap dipersalahkan sebagai atasan dan bertanggung jawab atas perbuatan bawahannya yang melakukan kejahatan perang. Kasus jenderal Tomoyuki Yamashita merupakan contoh dalam pertanggungjawabab secara *strict liability*.

Charter *International Military Tribunal Nuremberg Trial* ini penting artinya karena memuat Prinsip baru yang diterapkan untuk Mahkamah Nuremberg dan Mahkamah Tokyo, antara lain tentang pertanggungjawaban pribadi dan asas retroaktif. Prinsip ini kemudian diadopsi dalam Statuta ICTY, ICTR, serta pengadilan di Indonesia yaitu dalam UU tentang Pengadilan HAM. Mahkamah Nuremberg juga mengemukakan bahwa prinsip pertanggungjawaban individu dan penghukuman bagi kejahatan-kejahatan internasional, merupakan dasar utama dari hukum pidana internasional. Prinsip ini merupakan warisan abadi yang disumbangkan oleh Piagam dan Putusan Nuremberg (*Nuremberg Charter and Judgment*) yang meletakkan konsep bagi larangan kejahatan-kejahatan berdasarkan hukum internasional dengan menjamin bahwa individu-individu yang melakukan kejahatan perang akan bertanggung jawab atas perbuatannya. Menurut Karnasudirdja, peradilan Nuremberg dan Tokyo telah menciptakan konsep-konsep hukum internasional baru yang penting dan kemudian diakui oleh PBB dan

diadopsi oleh hukum internasional serta dilaksanakan oleh Pengadilan Pidana Internasional lainnya¹³⁶.

Lebih lanjut lagi tentang pertanggungjawaban individu ini, Pasal 8 dari Piagam Mahkamah Nuremberg mengatur bahwa perintah dari pemerintah atau atasannya tidak akan membebaskan seseorang dari tanggungjawab pidana, tetapi mungkin dapat dipertimbangkan dalam meringankan hukuman, jika mahkamah menentukan bahwa keadilan amat disyaratkan. Dengan demikian ini berarti bahwa perintah jabatan atau atasan tidak dapat dijadikan alasan penghapus hukuman. Mahkamah Nuremberg juga memutuskan bahwa tiap individu mempunyai kewajiban internasional yang melebihi kepatuhan atas kewajiban-kewajiban nasional yang dipatuhi oleh individu negara. Ini merupakan pemikiran revolusioner yang membatasi kedaulatan mutlak tiap negara, bukan oleh hukum yang ditujukan kepada negara, tetapi oleh hukum yang ditujukan kepada individu.

Prinsip tanggungjawab individu tersebut didasarkan pada ketentuan supremasi hukum yang ditetapkan berdasarkan ilham yang ada dalam *the Common Law*. Dalam ketentuan hukum tersebut dikemukakan bahwa menteri-menteri atau pembantu Raja akan bertanggungjawab secara hukum atas tindakan yang dilakukannya, dan ia tidak dapat dibebaskan dari pertanggungjawaban dengan alasan bahwa ia bertindak untuk patuh kepada perintah Raja. Mahkamah Nuremberg selanjutnya menyimpulkan

¹³⁶ Karnasudirdja, E. D, 2003. *Dari Pengadilan Militer Internasional Nuremberg ke Pengadilan Hak Asasi Manusia Indonesia*, Tatanusa, Jakarta, hal. 16-17.

bahwa prinsip pertanggungjawaban individu dan penghukuman bagi kejahatan-kejahatan berdasarkan hukum internasional, merupakan batu penjuru dari hukum pidana internasional. Prinsip ini merupakan warisan abadi yang disumbangkan Piagam dan Putusan Nuremberg (*Nuremberg Charter and Judgment*) yang meletakkan konsep tentang larangan kejahatan-kejahatan berdasarkan hukum internasional dengan menjamin bahwa individu-individu yang melakukan kejahatan perang akan bertanggung jawab atas perbuatan. Salah satu unsur bagi tanggungjawab individu adalah masalah keabsahan yang timbul dalam hubungannya dengan pembelaan substantif tertuduh pelaku kejahatan perang atas dasar perintah-perintah atasan dan tindakan negara. Mahkamah Nuremberg menetapkan bahwa pembelaan-pembelaan tidak dapat dibenarkan bagi para terdakwa, karena hukum pidana internasional beserta ancaman-ancamannya mengecualikan pembelaan-pembelaan tersebut.

Dalam hukum nasional masalah-masalah tersebut diatur dalam delik-delik khusus antara lain adalah Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Sehingga dapat dikatakan bahwa kedua UU tersebut merupakan momentum bersejarah bagi upaya hukum di dalam mengatur dan mengancam pelaku-pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia. Lebih jauh lagi dijelaskan dalam Penjelasan Umum atas Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000, bahwa bertitik tolak dari perkembangan hukum,

baik ditinjau dari kepentingan nasional maupun kepentingan internasional, maka untuk menyelesaikan masalah pelanggaran hak asasi manusia yang berat dan mengembalikan keamanan dan perdamaian di Indonesia, perlu dibentuk Pengadilan Hak Asasi Manusia yang merupakan pengadilan khusus bagi pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Selain itu dijelaskan pula dalam Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 bahwa pembentukan Undang-Undang tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia didasarkan pada beberapa pertimbangan sebagai berikut :

1. Pelanggaran hak asasi manusia yang berat merupakan '*extra ordinary crimes*' dan berdampak secara luas baik pada tingkat nasional maupun internasional dan bukan merupakan tindak pidana yang diatur di dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana serta menimbulkan kerugian baik materiil maupun imaterial yang mengakibatkan perasaan tidak aman baik terhadap perseorangan maupun masyarakat, sehingga perlu segera dipulihkan dalam mewujudkan supremasi hukum untuk mencapai kedamaian, ketertiban, keadilan, dan kesejahteraan bagi seluruh masyarakat Indonesia;
2. Terhadap perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat diperlukan langkah-langkah penyelidikan, penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan yang bersifat khusus. Kekhususan dalam penanganan pelanggaran hak asasi manusia yang berat adalah :
 - a. Diperlukan penyelidikan dengan membentuk tim *ad hoc*, penyidik *ad hoc*, penuntut umum *ad hoc* dan hakim *ad hoc*.

- b. Diperlukan penegasan bahwa penyelidikan hanya dilakukan oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia sedangkan penyidik tidak berwenang menerima laporan atau pengaduan sebagaimana diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana;
- c. Diperlukan ketentuan mengenai tenggang waktu tertentu untuk melakukan penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di pengadilan;
- d. Diperlukan ketentuan mengenai perlindungan korban dan saksi;
- e. Diperlukan ketentuan yang menegaskan tidak ada kaladuwarsa bagi pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tersebut merupakan sumber hukum utama dalam menangani pelanggaran berat HAM yang meliputi kejahatan terhadap kemanusiaan; dan kejahatan genosida. Adapun yang dimaksud dengan kejahatan genosida diatur dalam Pasal 8 Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 yang mengatakan bahwa kejahatan genosida sebagaimana dimaksud dalam pasal 7 huruf a adalah setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama, dengan cara :

- a. Membunuh anggota kelompok;
- b. Mengakibatkan penderitaan fisik atau mental yang berat terhadap anggota-anggota kelompok;
- c. Menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik baik seluruh atau sebagainya;
- d. Memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok; atau

- e. Memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lain.

Selanjutnya yang dimaksud dengan kejahatan terhadap kemanusiaan diatur dalam Pasal 9 Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 yang mengatakan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, berupa :

- a. Pembunuhan;
- b. Pemusnahan;
- c. Perbudakan;
- d. Pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa;
- e. Perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan pokok Hukum Internasional;
- f. Penyiksaan;
- g. Perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara;
- h. Penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan lain yang telah diakui

secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional;

- i. Penghilangan orang secara paksa; atau
- j. Kejahatan *apartheid*.

Menurut penjelasan Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000 bahwa yang dimaksud dengan serangan yang ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil adalah suatu rangkaian perbuatan yang dilakukan terhadap penduduk sipil sebagai kelanjutan kebijakan penguasa atau kebijakan yang berhubungan dengan organisasi". Untuk lebih jelasnya maka Dijelaskan pula beberapa hal berikut ini :

Huruf a, yang dimaksud dengan 'pembunuhan' adalah sebagaimana tercantum dalam Pasal 340 Kitab Undang-undang Hukum Pidana. Huruf b, yang dimaksud dengan 'pemusnahan' meliputi perbuatan yang menimbulkan penderitaan yang diakukan dengan sengaja, antara lain berupa perbuatan menghambat pemasokan barang makanan dan obat-obatan yang dapat menimbulkan pemusnahan pada sebagian penduduk. Huruf c, yang dimaksud dengan 'perbudakan' dalam ketentuan ini termasuk perdagangan manusia, khususnya perdagangan wanita dan anak-anak. Huruf d, yang dimaksud dengan pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa adalah pemindahan orang-orang secara paksa dengan cara pengusiran atau tindakan pemaksaan yang lain dari daerah didmana mereka bertempat tinggal secara sah, tanpa didasari alasan yang diizinkan oleh Hukum Internasional. Huruf e, cukup jelas. Huruf f,

yang dimaksud dengan 'penyiksaan' dalam ketentuan ini adalah dengan sengaja dan melawan hukum menimbulkan kesakitan atau penderitaan yang berat, baik fisik maupun mental terhadap seorang tahanan atau seseorang yang berada di bawah pengawasan. Huruf g, cukup jelas. Huruf h, cukup jelas. Huruf I, yang dimaksud dengan 'penghilangan orang secara paksa' yakni penangkapan, penahanan atau penculikan seseorang oleh atau dengan kuasa, dukungan atau persetujuan dari negara atau kebijakan organisasi, diikuti oleh penolakan untuk mengakui perampasan kemerdekaan tersebut atau untuk memberikan informasi tentang nasib atau keberadaan orang tersebut, dengan maksud untuk melepaskan dari perlindungan hukum dalam jangka waktu yang panjang. Huruf j, yang dimaksud dengan 'kejahatan apartheid' adalah perbuatan tidak manusiawai dengan sifat yang sama dengan sifat-sifat yang disebutkan dalam Pasal 8 yang dilakukan dalam konteks suatu rezim kelembagaan berupa penindasan dan dominasi oleh suatu kelompok rasial atau suatu kelompok atau kelompok-kelompok lain dan dilakukan dengan maksud untuk mempertahankan rezim itu.

Sebagaimana diketahui bahwa ketentuan mengenai pelanggaran berat HAM dalam Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 ini mengadopsi ketentuan pada *Rome Statute of International Criminal Court* (ICC) 1998. Walaupun Statuta Roma ini belum diratifikasikan oleh Pemerintah Republik Indonesia, akan tetapi telah dijadikan acuan dalam Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 (Lihat Penjelasan atas Pasal 7). Dengan

demikian dilihat dari kualifikasi-kualifikasi yang digolongkan ke dalam pelanggaran berat hak asasi manusia sudah ditentukan, ini berarti yang tidak termasuk pelanggaran berat hak asasi manusia merupakan pelanggaran hak asasi manusia.

Sehubungan dengan tanggungjawab individu yang berhubungan dengan masalah tanggungjawab komandan militer dan atasan sipil diatur dalam Pasal 42 Undang-Undang No. 26 tahun 2000 sebagai berikut :

1. Komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindakan pidana yang berada di dalam yurisdiksi Pengadilan HAM, yang dilakukan oleh pasukan yang berada di bawah komando dan pengendaliannya yang efektif, atau di bawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif dan tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukan pengendalian pasukan secara patut, yakni :
 - a. Komandan militer atau seseorang tersebut mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat; dan
 - b. Komandan militer atau seseorang tersebut tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.

2. Seorang atasan baik polisi maupun sipil lainnya, bertanggungjawab secara pidana terhadap pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat yang dilakukan oleh bawahannya yang berada di bawah kekuasaan atau pengendaliannya yang efektif, karena atasan tersebut tidak melakukan pengendalian terhadap bawahannya secara patut dan benar, yakni :
 - a. Atasan tersebut mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yang secara jelas menunjukkan bahwa bawahan sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat; dan
 - b. Atasan tersebut tidak mengambil tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kewenangannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.
3. Perbuatan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) diancam dengan pidana yang sama sebagaimana dimaksud dalam Pasal 36, Pasal 37, Pasal 38, Pasal 39, dan Pasal 40.

Perlu juga diketahui bahwa selain tanggungjawab komandan militer terhadap pelanggaran berat hak asasi manusia menurut hukum hak asasi manusia tersebut, di Indonesia dikenal pula peradilan militer sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang No. 31 tahun 1997 tentang Peradilan Militer dan berbagai peraturan perundangan lainnya seperti Undang-

Undang No. 26 tahun 1997 yang mengatur tentang Atasan yang berhak menghukum (Ankum).

Menurut Prinst, Ankum adalah atasan langsung yang mempunyai wewenang untuk menjatuhkan hukuman disiplin menurut ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan berwenang melakukan penyidikan (angka 9). Sedangkan yang dimaksud dengan Atasan Langsung yaitu atasan yang mempunyai wewenang komando langsung terhadap bawahan yang bersangkutan (Pasal 1 angka 8 Undang-Undang No. 26 tahun 1997). Menurut pasal 1 angka 9 Undang-Undang No. 26 tahun 1997 atasan yang berhak menghukum adalah atasan yang oleh atau atas dasar Undang-Undang No. 26 tahun 1997 diberi kewenangan menjatuhkan hukuman disiplin kepada setiap Prajurit Militer (ABRI) yang berada di bawah wewenang komandonya¹³⁷.

Sesuai pasal 10 Undang-Undang No. 26 tahun 1997, adapun Atasan yang berhak menghukum itu secara berjenjang adalah sebagai berikut :

1. Ankum yang Berwenang Penuh

Berwenang untuk menjatuhkan semua jenis hukuman disiplin kepada semua Prajurit yang berada di bawah wewenang Komandonya, seperti :Teguran, dengan penahanan ringan (paling lama 14 (empat belas) hari); dan penahanan berat (paling lama 21 (dua puluh satu) hari).

2. Ankum yang Berwenang Terbatas

¹³⁷ Prinst, D, 2002. *Peradilan Militer*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hal.39-40.

Berwenang menjatuhkan semua jenis hukuman disiplin kepada setiap Prajurit yang berada di bawah wewenang Komandonya, kecuali terhadap Perwira seperti teguran, penahanan Ringan (paling lama 14 (empat belas) hari); dan penahanan berat (paling lama 21 (dua puluh satu) hari).

3. Ankum Berwenang Sangat Terbatas

Berwenang untuk menjatuhkan hukuman disiplin kepada setiap Bintara dan Tantama yang berada di bawah wewenang Komandonya, seperti teguran dan penahanan Ringan (paling lama 14 (empat belas) hari).

Selanjutnya menurut pasal 12 ayat (1) Undang-undang No. 26 tahun 1997 Atasan yang berhak menghukum itu berwenang untuk :

1. Melakukan atau memerintahkan melakukan pemeriksaan terhadap Prajurit yang berada di bawah wewenang komandonya;
2. Menjatuhkan hukuman disiplin terhadap Prajurit yang berada di bawah wewenang komandonya;
3. Menunda pelaksanaan hukuman disiplin yang telah dijatuhkan.

Sedangkan yang dimaksud dengan Ankum Atasan, yaitu atasan langsung dari Ankum yang menjatuhkan hukuman disiplin (Pasal 1 angka 11 Undang-undang No. 26 tahun 1997) yang berwenang :

1. Menunda pelaksanaan hukuman;
2. Memeriksa dan memutus pengajuan keberatan; dan
3. Mengawasi dan mengendalikan Ankum bawahannya.

Tujuannya agar kewenangan-kewenangan yang diberikan oleh Undang-undang dilaksanakan secara adil, bijaksana dan tetap. Penyelesaian pelanggaran hukuman disiplin prajurit sesuai Pasal 13 Undang-Undang No. 26 tahun 1997 dilaksanakan melalui pemeriksaan, penjatuhan hukuman disiplin, dan pencatatan dalam buku hukuman. Pemeriksaan dilakukan oleh Ankum, Perwira, atau Bintara (Pasal 14) yang mendapat perintah dari Aknum, atau Pejabat lain yang berwenang. Untuk itu pemeriksa berwenang memanggil secara resmi seorang prajurit yang diduga melakukan pelanggaran disiplin prajurit. Selain itu, pemeriksa juga berwenang meminta keterangan para saksi dan mengumpulkan alat-alat bukti lainnya. Pemeriksaan dilakukan secara langsung tanpa paksaan sesuai Pasal 16 Undang-Undang No. 26 tahun 1997 dan hasilnya dituangkan dalam Berita Acara pemeriksaan. Berita Acara pemeriksaan itu dan alat-alat bukti lainnya disatukan dalam berkas Perkara Disiplin dan dilaporkan kepada Ankum.

Selain menerima berkas Perkara Disiplin, Ankum wajib segera mengambil keputusan untuk menjatuhkan atau tidak menjatuhkan hukuman disiplin. Putusan itu diambil setelah mendengar pertimbangan staf dan atau Atasan langsung pelanggar yang bersangkutan. Untuk itu Ankum tidak boleh menjatuhkan hukuman, apabila tidak sepenuhnya yakin tentang dapat dihukumnya pelanggarnya, atau apabila Ankum mengambil keputusan untuk tidak menjatuhkan hukuman.

Peraturan Ankuam yang mengacu pada Undang-Undang No. 31 tahun 1997 dan Undang-Undang No. 26 Tahun 1997 tersebut berbeda dan lain dengan hukum hak asasi manusia karena pengadilan hak asasi manusia mempunyai kekhususan dalam penanganan pelanggaran hak asasi manusia yang berat adalah :

- a. Diperlukan penyelidikan dengan membentuk tim *ad hoc*, penyidik *ad hoc*, penuntut umum *ad hoc* dan hakim *ad hoc*;
- b. Diperlukan penegasan bahwa penyelidikan hanya dilakukan oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, sedangkan penyidik tidak berwenang menerima laporan atau pengaduan sebagaimana diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana;
- c. Diperlukan ketentuan mengenai perlindungan korban dan saksi;
- d. Diperlukan ketentuan yang menegaskan tidak ada kedaluwarsa bagi pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

Dengan berlakunya beberapa UU yang baru, yakni Undang-Undang Nomor 2 tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor. 3 tahun 2002 tentang Pertahanan Negara dan Undang-Undang Nomor 34 tahun 2004 tentang TNI, maka perlu dilakukan pembaharuan terhadap peraturan perundangan di bidang peradilan militer.

Selanjutnya persoalan tentang tanggungjawab Komandan militer ini menarik untuk dikaji terlebih karena akhir-akhir ini terjadi beberapa kasus pelanggaran HAM yang berat yang melibatkan anggota militer maupun

non-militer, antara lain kasus-kasus yang terjadi di TIM-TIM, Kasus Abepura serta kasus Tanjung Priok.

Kasus-kasus yang terjadi di tanah air tersebut mempunyai kemiripan dengan kasus-kasus yang diputuskan oleh pengadilan *International Military Tribunal*. Pada pengadilan Nurenberg beberapa terdakwa dijatuhi hukuman sebagai berikut : ¹³⁸:

- a. Herman Wihelm Georing, dipidana mati dengan digantung.
- b. Rudolf Hess, dipidana penjara seumur hidup.
- c. Joachim von Ribbenstrop, dipidana mati dengan digantung.
- d. Wihelm Keitel, dipidana mati dengan digantung.
- e. Erns Kaltenbrunner, dipidana mati dengan digantung.
- f. Alfred Rosenberg, dipidana mati dengan digantung.
- g. Hans Frank, dipidana mati dengan digantung.
- h. Wihelm Frick, dipidana mati dengan digantung.
- i. Julius Streicher, dipidana mati dengan digantung.
- j. Walther Funk, dipidana mati dengan digantung.
- k. Karl Doenitz, dipidana penjara 10 tahun.
- l. Erich Reader, dipidana penjara seumur hidup.
- m. Baldur von Von Schirach, dipidana penjara 20 tahun.
- n. Fritz Sauckel, dipidana mati dengan digantung.
- o. Alfred Jodle, dipidana mati dengan digantung.
- p. Arthur Seyaa Inquart, dipidana mati dengan digantung.

¹³⁸ *Ibid.* hal. 14-15.

- q. Albert Speer, dipidana mati 20 tahun.
- r. Konstantin Von Neurath, dipidana penjara 15 tahun.
- s. Martin Bormann, dipidana mati dengan digantung.

Tiga terdakwa Schacht, von Papen, dan Frtzhe dibebaskan dari dakwaan. Hakim Anggota dari Soviet Rusia memberikan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*). Menurut Hakim Anggota ini seharusnya mereka dinyatakan terbukti bersalah dan dipidana, dan tidak dibebaskan, dan Rudolf Hess dipidana mati bukan dipidana penjara seumur hidup¹³⁹.

Military Tribunal di Nuremberg ini juga telah mengadili kasus-kasus tokoh-tokoh penting yang terkenal dengan sebutan *German High Command case, the Ministries case, Industrialists case*, yang mengadili tokoh industri Krupp, Flick dan I.G. Farben.

Mencermati kasus-kasus pelanggaran HAM berat yang diputus oleh Pengadilan HAM Ad Hoc di Indonesia, pada umumnya para terdakwa yang terlibat baik dari militer maupun sipil diputus dengan tuntutan pidana yang tidak memuaskan. Misalnya dalam kasus TIM-TIM, jaksa penuntut umum hanya mengajukan terdakwa berjumlah 18 orang yang masing-masing terdiri dari 10 orang militer 4 orang dari kepolisian serta 4 orang juga dari sipil. Jumlah tersebut jauh lebih kecil daripada rekomendasi hasil penyelidikan Komnas HAM yang merekomendasikan

¹³⁹ Mengenai peradilan para penjahat perang lihat: *facts on file, war Crime Tribunals: The Nazis and Nuremberg 1997*; dan Oberlanddesgericht Nuremberg, International Military Tribunal: *The Nuremberg War Crimes Trial*, 1945/1946. Dokumen lengkap mengenai peradilan oleh IMT Nuremberg dapat dilihat pula dalam *Judgment of the Military Tribunal Of the Trial of German Major War Criminals*, the Avalon Project at Yale Law School; <http://.yale.edu/lawweb/avalon/imt/judcont.htm>. Mengutip Eddy Djunaidy , *Dari Pengadilan Miter International Nuremberg ke pengadilan Hak Asasi Manusia*. Hal.15

untuk mengajukan pelaku lapangan dan perwira tinggi militer. Dalam pengadilan HAM Ad Hoc di TIM-TIM tuntutan pidana kepada para terdakwa paling tinggi 10 tahun 6 bulan sampai 10 tahun. Ditingkat banding, putusan terhadap kasus pelanggaran berat HAM di TIM-TiM ternyata menghasilkan putusan yang menegaskan bahwa pengadilan ini telah gagal. Dari 6 orang yang dinyatakan bersalah di tingkat pertama hanya 2 orang yang tetap dinyatakan bersalah yang dua-duanya dari sipil satu terdakwa tetap dengan hukuman yang sama dan satu lagi mengalami pengurangan hukuman dari 10 tahun menjadi 5 tahun bahkan ada terdakwa yang diputus oleh mahkamah dengan tuntutan bebas . Dengan kebebasannya para terdakwa yang berasal dari militer dan kepolisian mengakibatkan sejumlah pertanyaan yang mengarah pada tuduhan bahwa pengadilan ini hanya akan mengkambing hitamkan terdakwa dari sipil. Hal yang sama juga berlaku di pengadilan HAM Tanjung Priuk yang hanya anggota militer sampai tingkat komandan Kodim dan kapomdam yang diajukan ke pengadilan sementara hasil penyelidikan Komnas HAM merekomendasikan perwira di atas komandan Kodim yaitu Pangdam dan Panglima ABRI. Pengadilan ini memutuskan terdakwa antara 3 tahun sampai dengan 2 tahun terhadap 11 terdakwa yang merupakan pelaku lapangan dan 10 tahun kepada seorang terdakwa. Tidak begitu jelas bagaimana pengadilan memutuskan hukuman yang berbeda dan jauh menyimpang dari ketentuan undang-undang. Untuk lebih jelasnya putusan pengadilan HAM ad Hoc tersebut maka dibawah ini akan

diuraikan kronologis daripada kasus-kasus pelanggaran berat HAM di Timor Timur dan kasus Tanjung Priok, serta penerapan tanggung jawab komandonya.

2. Penerapan Tanggung Jawab Komando Dalam Putusan Pengadilan HAM Ad Hoc

a. Kasus Pelanggaran HAM yang Berat di Timor Timur

Comment [T1]: CEK

Adapun kasus posisinya sehingga, dikatakan adanya pelanggaran HAM yang berat pada intinya adalah, terjadinya pasca jejak pendapat yang melawan pro Indonesia dan pro kemerdekaan yang kemudian menimbulkan bentrokan yang mengakibatkan pembunuhan serta penyiksaan yang melibatkan para komandan militer, sipil serta pemerintahan daerah, yang salah satunya adalah mantan Gubernur Timur-timur dari kangan sipil yaitu Abilio Jose Osorio Soares. Dengan latar belakang seperti itu maka menarik untuk dikaji dalam kaitannya dengan tanggung jawab atasan sipil.

Menurut Kaligis, Abilio Osorio Soares dituduh telah melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan di Timur Timur, sesuai dakwaan Jaksa Penuntut Umum *ad hoc* yang diketuai oleh I Ketut Murtika, bahwa “terdakwa telah cukup memenuhi unsur-unsur tindak kejahatan terhadap kemanusiaan, perbuatan tersebut dapat dikualifikasikan sebagai perbuatan pelanggaran hak asasi manusia yang berat sebagaimana diatur dan diancam pidana yang tercantum dalam Pasal 42 ayat (2)a dan b jis

Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf h, pasal 40 Undang-Undang No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan hak asasi manusia¹⁴⁰.

Sedangkan pada bukunya yang lain Kaligis menekankan analisa hukum sebagai upaya pembelaan terhadap Abilio Osorio Soares persidangan hak asasi manusia yang berat (*Gross violation of Human Rights*) ini merupakan ajang awal dimulainya gagasan baru dalam dunia peradilan di Indonesia, bahkan dalam tingkat regional, yang berkaitan dengan hak asasi manusia¹⁴¹.

Terhadap Abilio Osorio Soares ini didakwakan ketentuan-ketentuan yang berkaitan dengan *Crimes against Humanity* (kejahatan terhadap kemanusiaan) sebagaimana tercantum dalam dakwaan ke satu berupa dugaan pelanggaran Pasal 7b jo Pasal 9 huruf (a) (Pembunuhan) dan dakwaan kedua dengan dugaan melanggar Pasal 7b jo Pasal 9 huruf (h) (penganiayaan).

Namun sifat khusus dari pengadilan hak asasi manusia berdasarkan Undang-Undang No. 26 tahun 2000 ternyata tidak konsisten diterapkan seperti pada kasus Mayor Jenderal (Purn.) Pranowo, yang dibebaskan oleh Pengadilan hak asasi manusia *Ad Hoc* Jakarta (Kasus Tanjung Priok) dari dakwaan jaksa penuntut umum yang menuntut Pranowo penjara selama lima tahun (Kompas, 11 Agustus 2004 : 1).

¹⁴⁰ Kaligis, O. C, 2002a. *Peradilan (Politik) HAM di Indonesia Jilid I*, O.C. Kaligis & Associates, Jakarta.

¹⁴¹ Kaligis, 2002b. *Peradilan (Politik) HAM di Indonesia Jilid II*, O.C. Kaligis & Associates, Jakarta. Hal 13-15

Dalam kasus ini ternyata Jaksa penuntut umum juga mendakwa berdasarkan Pasal 351 ayat (1) dan (2) KUHP, hal mana tentunya kasus itu sudah kadaluwarsa karena sudah lebih dari 16 tahun.

Dakwaan penganiayaan ini juga berkaitan dengan tanggung jawab komandan dan penerapan Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 (Pasal 9), yang oleh Hakim Rudy Rizki dikatakan bahwa komandan militer dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang berada pada yurisdiksi pengadilan hak asasi manusia yang dilakukan oleh pasukan yang ada di bawah pengendaliannya yang efektif. Kasus tersebut merupakan contoh bahwa belum adanya kesamaan pandangan, pendapat dan tindakan di antara aparat penegak hukum sehubungan dengan pemeriksaan dan pemutusan perkara pelanggaran berat hak asasi manusia. Dan yang tidak kalah penting sebagai permasalahannya ialah penggunaan KUHP maupun Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 akan berantai dengan masalah asas atau prinsip retroaktif dan non-retroaktif. Ketidaktelitian jaksa penuntut umum dalam memuat dakwaannya, akan memberikan peluang Majelis Hakim untuk membebaskan terdakwa.

Abilio Jose Osorio Soares pada akhirnya dibebaskan dari hukumannya setelah permohonan peninjauan kembali (PK) atas kasus pelanggaran Hak Asasi Manusia beratnya dikabulkan oleh Mahkamah Agung (MA). Seperti yang dilaporkan oleh Detikkom (2004), didampingi oleh pengacaranya Juan Felix Tambubolon dan O.C. Kaligis. Abilio mengatakan bahwa ia tidak akan membawa kasus ini ke Mahkamah

Internasional karena kasusnya dianggap telah selesai dengan adanya putusan PK dari Mahkamah Agung pada tanggal 4 November 2004 Majelis Hakim Mahkamah Agung yang diketuai oleh Iskandar Kamil menilai bahwa Abilio tidak secara sah terbukti bersalah mengeluarkan kebijakan untuk melakukan serangan meluas dan sistematis sebagaimana dakwaan sebelumnya dalam kasus pelanggaran Hak Asasi Manusia di Timtim.

Sebelumnya pada tanggal 14 Agustus 2002 Pengadilan *Ad Hoc* HAM tingkat pertama menjatuhkan vonis tiga tahun penjara kepada Abilio. Putusan ini diperkuat oleh Pengadilan hak asasi manusia Jakarta pada 13 Maret 2003. Abilio juga sempat mengajukan kasasi ke MA tetapi ditolak pada 1 April 2004 dan pada 17 Juli 2004 Abilio masuk LP Cipinang, tetapi dalam masa itu Abilio mengajukan Peninjauan Kembali (PK). Dalam pengajuan PK-nya, Abilio menyertakan bukti baru berupa surat anggota DPR Timtim yang menyatakan dirinya tidak bersalah.

Dengan mencermati putusan pengadilan HAM Ad Hoc pada kasus pelanggaran berat HAM di Timor-Timor maka terdapat delik yang berkaitan dengan tanggung jawab komando (Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000) yaitu **pertama**, adalah putusan yang menjelaskan tanggung jawab komando hanya berkaitan dengan adanya hubungan antara atasan dan bawahan, antara pelaku dan terdakwa, yang telah memenuhi adanya unsur keterlibatan (*involvement*), hubungan (*connection*), pengetahuan (*Knowledge*) atau maksud (*intent*) dari seorang komandan dengan

tindakan kejahatan yang dilakukan oleh bawahannya tersebut.¹⁴² Selain itu juga pertanggungjawaban seorang komandan terhadap kejahatan pada kasus tersebut didasarkan pada terjadinya pelanggaran terhadap tugas (*breach of duty*). Ada dua alasan yang harus menjadi dasar pertimbangan untuk menilai bahwa suatu pelanggaran terhadap tugas telah mengakibatkan terjadinya kejahatan. **Pertama**, pelanggaran terhadap tugas atau dinas tersebut harus mempunyai hubungan langsung atau menjadi penyebab utama dari timbulnya kejahatan. Dalam hal ini, kejahatan tidak akan terjadi jika tidak terjadi pelanggaran terhadap kewajiban dinas. **Kedua**, komandan harus memiliki kewenangan dan kekuasaan untuk mencegah terjadinya tindak pidana/ kejahatan tersebut.¹⁴³ Jika komandan tidak memiliki kewenangan atau kekuasaan untuk mengambil langkah yang diperlukan untuk mencegah, menghentikan dan menindak kejahatan dan pelakunya sekaligus, maka tentu saja tidak tepat untuk menuntut pertanggungjawaban pidana berdasarkan doktrin tanggung jawab komando.¹⁴⁴

Dengan dilihatnya penafsiran tanggungjawab komando seperti dalam kasus tersebut maka mengakibatkan tidak ada para terdakwa dibebaskan jika anak buahnya tidak terbukti melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan. Dalam konteks ini tanggung jawab komando selalu mensyaratkan adanya anak buah yang melakukan pelanggaran

¹⁴² William G. Eckhardt, *Command Criminal Responsibility: A plea for a Workable Standard*, 97 *Military law Review*, 1982, hal.5.

¹⁴³ *Ibid*, hal.5.

¹⁴⁴ Natsri Anshari, *Opcit* hal. 49.

HAM yang berat ada bawahan dalam pengendalian yang efektif. Jika tidak ada hubungan antara pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan dengan para terdakwa secara organisasional maupun pengendalian secara efektif maka terdakwa tidak dapat diminta pertanggungjawaban. Penafsiran yang demikian tidak melihat para terdakwa sebagai pihak yang punya otoritas dan kewenangan tertentu untuk mencegah adanya pelanggaran HAM yang berat.¹⁴⁵ Pengertian seseorang dikatakan mempunyai hirarki garis komando dengan orang lain apabila ada aturan baku yang menyatakan berdasarkan kedudukan resmi seseorang dengan orang lain tersebut secara vertical atasan dengan bawahan atau sebaliknya¹⁴⁶. Hubungan baik dan saling mengenal antara para terdakwa tersebut dengan kelompok masyarakat Laksaur dan Mahidi bukanlah merupakan hubungan komando dan pengendalian yang efektif antara atasan dan bawahan melainkan hubungan tersebut merupakan hubungan ideal antara pemerintah selaku aparat keamanan atau penegak hukum di satu pihak dan warga masyarakat dalam kegiatannya sehari-hari dapat berupa mentaati ketentuan yang berlaku dan kadangkala pelanggaran hukum

¹⁴⁵ Lihat putusan Herman Sedyono dkk dan putusan Asep Kuswani dkk. Dalam dua putusan ini pembuktin untuk pertanggungjawaban para terdakwa dimulai dengan menjawab pertanyaan mengenai adanya kejahatan terhadap kemanusiaan, siapa pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan tersebut dan apakah para terdakwa dapat diminta pertanggungjawaban atas pelanggaran HAM berat yang terjadi. Dalam kesimpulannya menjelaskan memang terdapat pelanggaran HAM yang berat dan pelakunya adalah milisi pro integrasi yang tidak ada hubungan organisasional dengan para terdakwa sehingga terdakwa tidak mempunyai komando atau pengendalian yang efektif dan terdakwa tidak dapat diminta pertanggungjawaban.

¹⁴⁶ Lihat putusan pengadilan HAM Ad Hoc pada tingkat pertama tanggal 14 Agustus 2002 dalam perkara Herman sediono dkk. Lihat juga putusan pengadilan HAM Ad Hoc tanggal 27 desember 2002 dalam perkara yayat Sudrajat, hal. 76.

yang ada.¹⁴⁷ **Kedua** Pengendalian atau kontrol yang efektif secara umum ditafsirkan sebagai suatu kondisi yang menjelaskan atasan secara sungguh-sungguh mampu menggunakan kekuasaannya bilamana ia menginginkannya. Dengan demikian istilah tersebut menunjuk kepada *“material ability” untuk mencegah dan menahan tindak pidana.*¹⁴⁸ Mengenai unsur tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukannya pengendalian pasukan secara patut, menurut pengadilan mengandung arti atasan gagal mengambil langkah-langkah yang diperlukan guna mencegah atau menghentikan terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi di dalam wilayah kekuasaannya yang efektif.¹⁴⁹ **Ketiga** mengenai unsur “mengetahui atau berdasarkan keadaan yang berlangsung saat itu, seharusnya mengetahui bahwa pasukannya sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat”, pengadilan menyatakan bukan berarti pasukan tersebut harus secara aktif melakukan penyerangan namun dengan sikap pasif pun artinya pasukan tersebut tidak melakukan tindakan pencegahan atau gagal untuk menghentikan terjadinya pelanggaran HAM yang berat, pasukan tersebut sudah termasuk sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM yang berat.¹⁵⁰ Selanjutnya penerapan tanggung jawab komando yang juga berkenaan kegagalan bertindak atau kegagalan untuk melakukan langkah-

¹⁴⁷ *Ibid*, putusan pengadilan HAM Ad Hoc tanggal 14 Agustus 2002.

¹⁴⁸ Lihat putusan pengadilan HAM Ad Hoc tanggal 23 Desember 2002 dalam perkara letkol Soedjarwo, hal. 42.

¹⁴⁹ *Ibid*, hal. 44.

¹⁵⁰ *Ibid*, hal. 53.

langkah yang selayaknya. Dalam hal ini factor posisi terdakwa dengan kewenangannya merupakan faktor penting dalam menentukan peranan terdakwa dalam peristiwa pelanggaran HAM yang berat yang terjadi. Pandangan ini menjelaskan bahwa atasan tidak hanya bertanggung jawab terhadap tindak pidana yang dilakukan oleh bawahannya dalam pengendalian yang efektif tetapi juga tetap harus bertanggungjawab juga terhadap tindak pidana yang terjadi akibat tidak dilakukannya pengendalian pasukan secara patut, artinya atasan gagal mengambil langkah-langkah yang diperlukan guna mencegah atau menghentikan terjadinya pelanggaran HAM yang berat yang terjadi didalam wilayah kekuasaannya yang efektif.¹⁵¹

Selanjutnya dengan memahami uraian tersebut di atas maka perumusan tanggung jawab komando dalam kasus di Timtim cenderung pada rumusan tanggung jawab komando dalam Pasal 6 ayat (3) Statuta ICTR serta Pasal 7 ayat (3) Statuta ICTY, yang unsur-unsur kedua statuta tersebut adalah: (i) hubungan atasan-bawahan; (ii) unsur kesengajaan, karena atasan mengetahui atau memiliki alasan untuk mengetahui atau memiliki alasan untuk mengetahui bahwa kejahatan sedang dilakukan tau telah dilakukan oleh bawahannya. Penerapan tanggung jawab komando dalam kasus tersebut (Timor-timur) cenderung juga pada Pasal 28 ICC sebagaimana perumusannya sama dengan Pasal 42 UU NO 26 tahun

¹⁵¹ Lihat putusan terhadap terdakwa Letkol Soejarwo yang menjelaskan bahwa kendatipun pasukan yang berada di bawah pengendalian terdakwa bukan termasuk sebagai pelaku aktif tetapi pasukan terdakwa adalah sebagai pelaku pasif untuk mencegah, menghentikan, mengendalikan pasukan untuk bertindak secara efektif dan patut, padahal wewenang itu ada padanya.

2000 yang perumusannya adalah (1) bahwa komandan militer mengetahui atau berdasarkan keadaan yang berlangsung saat itu, seharusnya telah mengetahui bahwa pasukannya sedang melakukan atau akan melakukan kejahatan; (ii) bahwa komandan militer tidak berhasil mengambil semua tindakan yang semestinya dan diperlukan sesuai kewenangannya untuk mencegah atau menindak terjadinya kejahatan.

Dalam hal unsur kejahatan (*crimes*) dalam kasus pelanggaran berat HAM di Timor-Timur adalah mencakup; (i) pembunuhan sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 338 KUHP; (ii) penganiayaan sebagaimana dalam Pasal 351 KUHP serta adanya delik pembiaran (*ommission*) .

Tafsiran tanggung jawab komando dalam kasus pelanggaran HAM yang berat di timor-timur lebih cenderung atau mendekati pada kasus Jenderal Tomoyuki Yamashita dan kasus *Akayesu*.

Unsur-unsur tanggung jawab komando dalam kasus Yamashita adalah:

Jenderal Tomoyuki Yamashita, komandan jenderal Group AD ke-14 dari tentara kerajaan Jepang dan sekaligus menjabat sebagai Gubernur militer di Filipina dipersalahkan karena secara melawan hukum telah mengabaikan dan gagal dalam melaksanakan tugasnya sebagai komandan untuk mengendalikan operasi pasukan yang berada di bawah komandonya, membiarkan pasukannya melakukan pembunuhan brutal dan kejahatan serius lainnya terhadap tawanan perang dan penduduk sipil warga Amerika Serikat dan philipina serta keluarga mereka. Yamashita

dinyatakan bersalah atas doktrin tanggung jawab komando dan ia dijatuhi hukuman gantung.

Tuduhan terhadap Yamashita adalah berkaitan dengan delik omisi, yaitu membiarkan dan tidak melakukan pengendalian (kontrol) yang efektif atas pasukan yang berada di bawah komandonya melakukan kejahatan. Unsur-unsur tanggung jawab komando yang dijadikan dasar oleh komisi militer untuk menghukum jenderal Tomoyuki Yamashita adalah sebagai berikut:

a. Unsur komando dan kendali (*command and control*)

Yamashita secara melawan hukum telah mengabaikan atau gagal melaksanakan tugasnya sebagai komandan untuk mengendalikan operasi pasukan yang berada di bawah komandonya dan mengizinkan atau membiarkan mereka melakukan pembantaian yang sadis dan kejahatan serius lainnya. Pasukan yang berada di bawah komando Yamashita melakukan kejahatan seperti pembunuhan, pemerkosaan, penjarahan atau penyiksaan secara meluas. Kejahatan-kejahatan tersebut dilakukan dalam kurun waktu yang cukup lama tetapi Yamashita selaku komandan tidak mengambil tindakan efektif untuk menghentikan dan mengendalikan kejahatan yang dilakukan oleh anak buahnya. Oleh karena itu, ia bertanggung jawab secara pidana atas kejahatan yang dilakukan oleh pasukan yang berada di bawah komandonya tersebut.

b. Unsur mengetahui (*Knowledge*)

Unsur *knowledge* dalam perkara Yamashita ini menurut jaksa penuntut dalam tuntutanannya adalah berupa harus mengetahui (*should have known*) atau mesti mengetahui (*must have known*). Perumusan unsur *knowledge* yang demikian itu didasarkan pada fakta bahwa pembunuhan massal itu sedemikian banyak terjadi, diketahui oleh masyarakat luas dan tersebar luas sehingga Yamashita seharusnya mengetahui (*should have known*) atau mestinya mengetahui (*must have known*) terjadinya kejahatan-kejahatan tersebut. Namun demikian komisi Militer tidak membuat kesimpulan yang tegas mengenai adanya unsur *knowledge* atau *intent* itu, melainkan menyimpulkan kesalahan Yamashita atas dasar pertimbangan: **pertama**, bahwa terdakwa mengetahui atau memiliki perangkat untuk mengetahui tindakan pembantaian yang terjadi diberbagai tempat secara luas yang dilakukan oleh anggota dan satuan-satuan yang berada di bawah komandonya; **kedua**: bukti-bukti menunjukkan bahwa kejahatan tersebut terjadi sedemikian luas dan tersebar dalam wilayah tanggung jawab komandonya, sehingga mestinya kejahatan tersebut dengan sengaja diizinkan (*have been wilfully permitted*) oleh terdakwa atau diperintahkan secara diam-diam (*secretly ordered*) oleh terdakwa. Mengizinkan bawahan untuk melakukan kejahatan berarti atasan atau komandan mengetahui tindakan yang diizinkan tersebut.

c. unsur kejahatan (*crimes*)

Serangan brutal, terror dan pembunuhan yang sistematis terhadap orang-orang Filipina maupun Amerika dan sekutunya yang dilakukan oleh pasukan dan bala tentara Jepang di bawah komando Jenderal Tomoyuki Yamashita yaitu:

- a. penikaman dengan menggunakan bayonet, pemotongan kepala, pembunuhan dan pembuangan mayat ke sungai, pembakaran mayat di dalam rumah dan mengubur mayat secara massal.
- b. Penyiksaan, menciptakan kelaparan bagi penduduk (*starvation*), pembunuhan terhadap tawanan perang dan interniran sipil.
- d. Kewajiban untuk melakukan intervensi (*duty to intervene*)

Menurut Komisi Militer, Jenderal Yamashita sebagai seorang komandan militer mempunyai tugas atau kewajiban untuk mengambil tindakan yang tepat sesuai dengan kewenangannya guna melindungi tawanan perang dan penduduk sipil. Seorang komandan militer yang tidak mengambil tindakan yang demikian itu, bertanggung jawab secara kriminal atas tindakan-tindakan yang dilakukan oleh bawahannya, tanpa perlu membuktikan adanya kesengajaan atau niat jahat (*criminal intent*) dari komandan yang bersangkutan. Praktik pengadilan Internasional berikutnya menunjukkan bahwa doktrin tanggung jawab komando versi Yamashita ini tidak diterapkan lagi terhadap para tersangka penjahat perang Jerman di Nuremberg maupun dalam kasus Kapten Ernest Medina yang terjadi selama perang Vietnam. Penerapan standar tanggung jawab komando yang luas atau keras yang terdapat dalam putusan kasus

Yamashita saat ini tidak lagi dianut dan sudah mulai ditinggalkan. Dalam *the High Command Case* misalnya, yang mengadili kejahatan perang yang dilakukan oleh para petinggi militer Nazi Jerman, penerapan tanggung jawab yang luas atas keras seperti yang diberlakukan dalam kasus Yamashita telah ditinggalkan. Dalam *the High command case* lebih jauh lagi dibedakan luas dari lingkup tanggung jawab seorang komandan operasional dan taktis, komandan di daerah pendudukan serta tanggung jawab seorang perwira staf.

Kasus Akeyesu (Trial Chamber), September 2, 1998 para 479, 489.¹⁵²

Komandan gagal untuk mengambil tindakan yang layak atau diperlukan untuk mencegah perbuatan tersebut atau untuk menghukum pelaku. Jadi dalam hal ini, komandan harus bertanggungjawab karena tindakan pembiaran (*ommission*) atau karena tidak berbuat apapun. Kelalaian komandan yang berakibat sangat serius sama halnya dengan menyetujui terjadinya kejahatan tersebut atau dapat juga disetarakan dengan adanya niat jahat.

Disamping itu juga kasus Timor Timur tersebut cenderung pada kasus Radovan Karadzic dan Ratko Mladic di Pengadilan Internasional *ad hoc* untuk bekas Yugoslavia, yang dalam dakwaannya Karadzic disebut sebagai presiden pemerintahan Serbia di Bosnia yang memiliki kekuasaan komando atas pasukan militer pemerintahan Serbia Bosnia serta memiliki kekuasaan untuk mengangkat serta memberhentikan pejabat-pejabat militer. Dan Mladic disebut sebagai Komandan pasukan

¹⁵² Human Rights Watch, *Genocide War Crimes and Crimes Against Humanity, Topical Digest of the Case Law of The International Criminal Tribunal for Rwanda and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, p.70

pemerintahan Serbia di Bosnia. Keduanya dihukum karena telah melakukan kejahatan genoside, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang¹⁵³.

Mengenai kewenangan atasan non-militer ini, seperti pada kasus Timor Timur cenderung juga pada Pengadilan Banding dalam kasus *Compare Aleksovski*¹⁵⁴ yang menyatakan :

“Seorang sipil harus mencakup karakteristik seorang atasan berdasarkan Pasal 7(3) Statuta ICTY jika ia memiliki kewenangan secara *de facto* maupun *de jure* untuk mengeluarkan perintah untuk mencegah tindak pidana dan menjatuhkan sanksi kepada pelaku. Kewenangan atasan sipil untuk menghukum ini harus diinterpretasikan secara luas. Atasan sipil tidak bisa dikatakan memiliki kewenangan disiplin yang sama kepada bawahannya seperti halnya kewenangan yang dimiliki oleh komandan militer. Kemampuan atasan sipil secara *de jure* atau *de facto* untuk memaksakan sanksi adalah tidak esensial. Kewenangan atasan sipil adalah untuk menindaklanjuti laporan kepada atasan yang lebih berhak berdasarkan posisinya sebagai atasan ketika terjadi tindak pidana yang dilakukan anak buahnya. Dan laporan ini akan menjadi pemicu diadakannya investigasi atau tindakan disiplin atau bahkan upaya pidana lain jika ada.”

b. Kasus Pelanggaran HAM yang Berat di Tanjung Priok

¹⁵³ *Ibid*, hal 78-79.

¹⁵⁴ *Prosecutor vs Compare Aleksovski*, (Trial Chamber), ICTY,

Kronologis Posisi kasusnya dapat diuraikan sebagai berikut: pada kasus Tanjung Priuk ini¹⁵⁵ berawal dari kejadian pada malam hari tanggal 12 September 1984, dimana Kasi II Ops Kodim Jakarta utara, Kapten Sriyanto, mendapatkan ancaman dari Amir Biki (pimpinan kelompok Islam) untuk melepaskan empat orang yang ditahan oleh Kodim Jakarta Utara. Ancaman yang kemudian diulangi lagi pada sekitar jam 22.30 dimana pengancam mengatakan kalau keempat orang tersebut tidak dilepaskan maka “tahu sendiri” akibatnya dan mereka mengancam akan membunuh orang Cina dan membakar toko-toko di daerah Koja. Pada saat itu arus massa sudah mulai bergerak. Setelah melapor melalui radio kepada Dandim Jakarta Utara, Kapten Sriyanto mendapat perintah dari Dandim Jakarta Utara agar Kapten Sriyanto dengan pasukan yang ada mencegat arus massa dimaksud. Menurut pengakuan Kapten Sriyanto, ia mengerahkan satu peleton pasukan berjumlah 31 orang yang dibagi dalam 3 regu. Regu I dipimpin oleh Serda Sutrisno Mascung yang ditempatkan di Perempatan lampu merah depan Polres Metro Jakarta Utara. Regu II dibawah pimpinan Letda Hartono di tempatkan di Pertamina, Plumpang. Regu III di tempatkan di Kodim Jakarta Utara, Kapten Sriyanto berada dalam regu yang berada di depan Polres Metro Jakarta Utara.

Pasukan yang dikerahkan saat itu bukan dari peleton organik, melainkan peleton bentukan sesaat yang dipanggil dengan menggunakan

¹⁵⁵Majalah Nur'aini, 2002.

alarm. Anggota-anggota pasukan tersebut merupakan anggota-anggota comotan dari regu atau peleton yang berbeda-beda, mereka berumur antara 18-22 tahun dan belum pernah mendapat latihan pasukan anti huruhara (PHH). Senjata-senjata itu diambil secara tergesa-gesa, sehingga jumlah peluru yang ada pada setiap anggota pasukan tidak sama, yaitu antara 5-10 butir.

Setelah siap, peleton tersebut diangkut dengan truk reo ke Markas Kodim Jakarta Utara dan selanjutnya peleton dibagi 3 regu. Setibanya di depan Polres Metro Jakarta Utara, Kapten Sriyanto melaporkan melalui HT kepada Dandim Jakarta Utara bahwa massa sudah ramai. Dengan memegang HT di kedua tanganya, Kapten Sriyanto menemui kerumunan massa untuk mengajak pimpinan massa berunding di Polres Metro Jakarta Utara. Hal tersebut dilakukannya sesuai dengan perintah Dandim Jakarta Utara untuk melakukan negoisasi dengan pimpinan massa. Ajakan tersebut tidak dihiraukan, bahkan Kapten Sriyanto diserang oleh massa, akibat serangan itu Kapten Sriyanto terdesak kebelakang dan berhenti karena terhadang mobil yang berada di depan Polres Metro Jakarta Utara, ia nyaris disabet dengan parang oleh salah satu anggota massa. Melihat keadaan ini, Prada Prayogi menembakkan senjatanya keatas, kemudian ke bawah ke arah kaki tanpa perintah dari siapapun, saat itu ia mengaku hanya membawa 8 peluru yang diambil dari gudang asrama. Tembakan Prada prayogi tersebut segera disusul oleh tembakan

beberapa anggota regu yang lain, akibatnya, massa yang berada didepan jatuh bergelimpangan.

Pada saat yang hampir bersamaan, massa merebut senjata salah satu anggota petugas keamanan bernama Prada Muhson. Ia bergumul dan sempat terjatuh dalam usahanya mempertahankan senjata tersebut. Prada Sumirto berhasil merebut kembali senjata itu dan melakukan tarik-menarik dengan anggota massa. Ia memegang laras senjatanya, sementara popornya berada ditangan anggota massa. Akibat tarik-menarik tersebut terjadilah tembakan dan arah pelurunya lurus kebelakang Prada Sumirto.

Letda M. Syachrudin, pimpinan pasukan atau regu bantuan tiba di tempat kejadian. Ia masih sempat melihat korban bergelimpangan dan bahkan sempat memerintahkan kepada anggotanya untuk mengangkat korban-korban ke atas truk Kapten Sriyanto untuk dibawa ke Rumah Sakit. Pada saat itu pula datang rombongan Mayjen Try Sutrisno, Jendral Benny Moerdanii, Letkol Inf. RA Butar Butar, Walikota Jakarta Utara dengan menggunakan kendaraan Jeep yang dikemudikan oleh Mayjen Try Sutrisno. Duduk disebelah kiri Mayjen Try Sutrisno ialah Jenderal Benny Moerdani, sementara disebelah belakang duduk Dandim Jakarta Utara dan Walikota Jakarta Utara.

Mayjen Try Sutrisno pada saat itu memberikan perintah kepada Letda M. Syachrudin agar ia langsung menuju ke PT Berikat Nusantara karena dikabarkan massa akan menuju kompleks industri tersebut, Ia juga

memerintah agar para korban dibawa ke Rumah Sakit dan dirawat secara baik. Rombongan Mayjen Try Sutrisno tidak lama berada di tempat kejadian. Ia kemudian pergi meninggalkan tempat itu menuju ke RS Koja dan RSPAD Gatot Subroto. Senjata-senjata tajam seperti golok, parang, linggis dan lain-lain dikumpulkan dan disimpan yang kemudian menjadi barang bukti di persidangan..

Menurut pengakuan Dandim Jakarta Utara, status ke empat orang yang ditahan di Kodim Jakarta Utara adalah tahanan titipan Polres Metro Jakarta Utara, artinya, tanggung jawab terhadap tahanan tersebut masih berada di Polres Metro Jakarta Utara. Menurut pengakuan saksi TNI, jumlah korban yang meninggal sebanyak 23 orang, luka-luka sebanyak 55 orang, terdiri dari 36 korban di rawat inap di RSPAD Gatot Subroto dan 19 korban hanya mendapat pengobatan seketika dan langsung bisa meninggalkan Rumah Sakit setelahnya.

Sedangkan fakta menurut saksi anggota Polri, bahwa menurut pengakuan beberapa anggota Intelijen Polres Metro Jakarta Utara, sejak empat bulan sebelum peristiwa, telah sering berla berlaap tangan oleh Polres Metro Jakarta Utara dan dibawa di Polres Metro Jakarta Utara namun sesaat kemudian di minta dan dibawa oleh anggota Kodim Jakarta Utara. Tidak terdapat pasukan pengamanan khusus untuk menangani peristiwa 12 September 1984 tersebut di Mapolres Metro Jakarta Utara.

Kapolres Metro Jakarta Utara beserta perwira staf tidak berada di tempat pada saat kejadian, karena mereka sedang rapat operasional

diteruskan dengan menonton pertandingan tinju melalui televisi di polsek Penjaringan. Wakapolres Metro Jakarta Utara datang kemudian setelah situasi aman terkendali, rombongan Mayjen Try Sutrisno dan Jenderal Benny Moerdani datang ke Polres Metro Jakarta Utara setelah situasi aman ditemui oleh Kapolres Metro Jakarta Utara.

Menurut pengakuan salah satu anggota Polres Jakarta Utara bernama Peltu Setiyoso Waluyo yang baru pulang menonton bioskop bersama seorang temannya, ia turut mengumpulkan senjata tajam di tempat kejadian dan disimpan di atas meja yang berada di salah satu ruang Mapolres Metro Jakarta Utara. Dalam perjalanan menuju ke Kodim Jakarta Utara, banyak di antara massa yang membawa senjata tajam berupa golok, clurit atau parang. Provoost Yos Agusti mengakui ada tembakan peringatan ke atas yang selanjutnya di susul tembakan ke bawah. Terhadap status tahanan yang berada di Instansi militer, pihak polisi tidak membenarkan. Oleh karenanya Kapolda membentuk Tim Penyidik untuk menangani kasus pidana umum, sedangkan kelompok kasus pidana subversi di tangani oleh Tim Penyidik Kejaksanaan.

Polri juga mengusulkan dan disetujui oleh Menteri Kehakiman mengenai perubahan status RTM Cimanggis menjadi "rutan". Sementara itu dari pemeriksaan petugas RSPAD Gatot Subroto, lurah Pondok Rangun, penggali kubur pemakaman umum Mengkok dan Rohis Kodam V Jaya di peroleh fakta bahwa jumlah korban luka yang di beri pengobatan tetapi tidak di rawat 19 orang. Korban luka mendapatkan perawatan,

pengobatan dan pelayanan dengan baik sesuai perintah pimpinan Kodam V Jaya dan ketentuan rumah sakit. Jumlah korban meninggal adalah 23 orang yang terdiri dari sembilan orang dapat di ketahui identitasnya dan 14 orang tidak diketahui identitasnya.

Para korban meninggal dunia, yaitu: satu orang yaitu Amir Biki, dimakamkan oleh keluarganya di kompleks masjid al- A' raaf, Sukapura, delapan orang yang dikenal identitasnya dan dimakamkan di pemakaman umum Mengkok, Sukapura, yaitu: Zainal Amran, Kasmoro bin Ji' an, Romli, Andi Samsu, Tukimin. Tiga makam lainnya tidak dapat diidentifikasi kembali, karena tidak diurus oleh keluarganya dan dokumennya telah dibakar bersamaan dengan terbakarnya kantor dinas tempat pemakaman umum Mengkok, Sukapura. Tujuh orang yang tidak dikenal identitasnya di makamkan di pemakaman umum condet. Jenasah para korban diperlakukan dengan baik sesuai perintah Pangdam V Jaya dan ketentuan Syari' at Islam, antara lain dimandikan, dikafani, di sholatkan dan dimakamkan satu lubang untuk satu jenasah dan di dalam peti jenasah berisi satu jenasah.

Dua orang perwira rohani Islam Kodam V Jaya menyatakan tidak mengetahui lagi lokasi yang tepat dari makam 14 orang korban yang tidak di kenal identitasnya tersebut, karena pemakaman dilakukan malam hari tanpa penerangan yang memadai dan tanpa diberi tanda sebagaimana mestinya serta tanpa dikoordinasikan atau dilaporkan kepada pengelola makam yang bersangkutan. Berdasarkan keterangan dari saksi

Maimunah, ada seorang korban meninggal yang diketemukan oleh saksi yaitu anak saksi sendiri, bernama Mardani, kemudian dikuburkan oleh keluarganya di pemakaman Koja. Kemudian atas perintah Jenderal Benny Moerdani, walikota madya Jakarta Utara melalui telepon memerintahkan Kepala Dinas Pemadam Kebakaran agar membersihkan lokasi kejadian sehingga dapat dilalui dengan tenang keesokan harinya.

Dari pemeriksaan dokumen berupa putusan Pengadilan Negeri Jakarta Utara, kaset rekaman pidato dari mubaligh pada 12 September 1984 di Jalan Sindang dan kliping berita berbagai media cetak serta penjelasan Panglima Angkatan Bersenjata di depan DPR-RI didapat fakta bahwa disamping korban meninggal yang sudah disebutkan oleh para saksi korban, anggota TNI, anggota Polri maupun saksi-saksi lain, terdapat korban manusia dan harta benda sebagai akibat dari pembakaran dan pengrusakan yang dilakukan oleh massa, yaitu: sembilan orang meninggal dunia akibat dibakarnya apotik Tanjung Koja, yaitu delapan orang dari keluarga Tan Kio Liem beserta satu orang pembantunya, dua buah rumah di RT 003/06 terbakar, 14 buah toko rusak, dua buah terbakar, sebuah apotik terbakar, dua buah rumah ibadah gereja yaitu GPIB dan Nazareth rusak dan delapan buah kendaraan roda dua terbakar.

Dari rapat kerja gabungan Komisi I, II, III dan IX DPR-RI, diambil kesimpulan bahwa Penjelasan Pangkopkamtib (pemerintah) melalui pers telah memberikan penjelasan tentang Peristiwa Tanjung Priok dan faktor-

faktor yang menjadi penyebabnya. Tindakan pemerintah atas peristiwa 12 September 1984 tersebut dapat dipahami dan dapat diterima oleh Rapat Kerja Gabungan dan mendukung tindakan tersebut, karena dinilai sangat tepat dan disadari bila tidak diambil tindakan tegas akan mengganggu stabilitas keamanan.

Korban-korban yang berjatuh dalam peristiwa Tanjung Priok sebagai akibat hasutan yang merugikan yang dilakukan oleh oknum-oknum tertentu. Hasutan-hasutan tersebut tidak dapat dipisahkan dari penyerangan terhadap Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 dan pemerintah dan tema agama telah disalahgunakan oleh oknum-oknum tertentu demi kepentingannya. Selanjutnya perlu usaha-usaha pencegahan agar peristiwa 12 September 1984 itu tidak terulang kembali.

Fakta di lapangan, bahwa diantara sembilan makam korban meninggal dunia yang diketahui identitasnya hanya enam yang dapat diidentifikasi, yaitu satu makam dari almarhum Amir Biki di kompleks masjid al-A'raaf dan lima makam di pemakaman umum Mengkok Sukapura, masing-masing atas nama Zainal Amran, Kasmoro bin Ji'an, Romli, Andi Samsu dan Tukiman, sedangkan tiga makam lainnya di pemakaman umum Mengkok Sukapura tidak teridentifikasi.

Selain itu ada empat belas korban meninggal dunia yang tidak dikenal identitasnya masing-masing dimakamkan di pemakaman wakaf Pondok Ragon dan tujuh korban lainnya di pemakaman umum Condet. Fakta lain menyebutkan bahwa truk Reo yang diduga digunakan untuk

mengangkut para korban hanya berkapasitas maksimal memuat 20 orang dalam keadaan terbaring berjajar berlapis dua dan senjata SS yang diduga digunakan oleh pasukan pada peristiwa 12 September 1984 bukanlah senjata otomatis melainkan semi-otomatis.

Pada kasus Tanjung Priok dikatakan bahwa pelaku dan penanggung jawab yaitu Regu yang melakukan penembakan dipimpin oleh Serda Sutrisno Mascung, regu ini merupakan bagian dari peleton yang dipimpin oleh Kapten Sriyanto dan berada di bawah perintah Dandim Jakarta Utara. Sedangkan Dandim tersebut berada di bawah perintah Pangdam V Jaya yang sebelumnya berada di bawah perintah Panglima ABRI. Mengacu kepada prinsip-prinsip *Command Responsibility*, maka ada dua aspek yang diabaikan aparat militer sebagai pelaku dan penanggung jawab peristiwa Pelanggaran Hak Asasi Manusia di Tanjung Priok, yakni aspek secara langsung melakukan tindakan yang tidak mematuhi prosedur baku sebagaimana peristiwa yang terjadi di lapangan dan tidak di ambilnya tindakan-tindakan yang dapat mencegah terjadinya peristiwa tersebut, sesuai dengan kewenangan yang dimilikinya berdasarkan jabatan yang diembannya sebagai komandan sesuai dengan jenjang komando.

Unsur-unsur Tanggung Jawab Komando Dalam kasus Tanjung Priuk tersebut dapat disimpulkan adalah; “gagal untuk mengambil tindakan yang perlu dan langkah-langkah yang masuk akal berdasarkan kewenangannya”.

Apabila tindak pidana belum dilakukan, komandan yang ada dalam rantai komando harus mengeluarkan perintah untuk menjamin bahwa tindak pidana tidak dilakukan dan menjamin bahwa perintah tersebut dilaksanakan. Langkah-langkah pencegahan yang dilakukan oleh komandan bisa tergantung kepada posisinya dalam suatu rantai komando. Setiap komandan harus menjamin bahwa penyelidikan dan penyidikan telah dilakukan untuk menentukan fakta-fakta, dan laporan tentang tindak pidana yang dilakukan bawahannya tersebut telah diteruskan kepada komandan atasan. Jika tindak pidana telah terjadi, maka memberikan hukum disiplin militer adalah hal yang penting, namun kemampuan seorang komandan untuk menindak pelaku sangat dipengaruhi oleh posisi komandan dalam rantai komando. Komandan senior dapat mengajukan ke pengadilan militer, namun komandan junior hanya dapat memberikan rekomendasi kepada komanda atas mengenai tindakan hukum disiplin yang dapat diberlakukan.

Komandan memiliki tugas untuk mengambil segala tindakan yang perlu dan masuk akal untuk mencegah terjadinya tindak pidana. Jika tindak pidana telah terjadi, komandan memiliki tanggung jawab untuk mengambil segala tindakan yang perlu dan masuk akal dalam lingkup kewenangannya untuk dilakukan penyelidikan dan penyidikan terhadap kejahatan tersebut dan untuk membawa pelaku yang diduga melakukannya ke pengadilan.

Komandan memiliki pengendalian secara langsung dan penuh terhadap pengadilan umum maupun pengadilan militer. Dalam beberapa system militer, komandan tingkat atas dapat memerintahkan dilakukannya penyelidikan dan diadilinya pelaku, namun demikian dalam system militer ini pun para pelaku berhak untuk mendapatkan pengadilan yang adil dan tidak memihak (*imparsial*). Seorang komandan tidak dapat memerintahkan bahwa pelaku bersalah dan harus dihukum. Komandan harus memenuhi tanggung jawabnya untuk menjamin bahwa pelaku yang diduga melakukan tindak pidana diperiksa secara layak dan mendapatkan putusan pengadilan yang adil, yang secara *de facto* untuk melakukan pengendalian terhadap tindakan bawahannya. Kewenangan ini juga harus berlaku bagi pejabat-pejabat tinggi. Atasan harus memiliki kewenangan pengendalian terhadap pekerjaan yang dilakukan bawahannya dan dapat memberikan perintah kepada bawahannya. Penerapan tanggung jawab komando dalam kasus tersebut cenderung pada kasus *Kordic and cerkez* yang posisi kasusnya adalah sbb.¹⁵⁶

“Pengadilan banding (dalam kasus *Mucic et al.*) menyatakan bahwa derajat kewenangan dan kekuasaan untuk melakukan pengendalian secara *de facto* berdasarkan doktrin pertanggungjawaban komandan adalah sama dengan derajat kewenangan secara *de jure*. Walaupun bentuk kewenangan pengendalian secara *de facto* dan *de jure* berbeda, namun komandan secara *de facto* tetap memiliki kekuasaan yang sama untuk

¹⁵⁶ *Prosecutor vs Kordic and Cerkez*, ICTY Case No.IT-95-14/2 (Trial Chamber), February 26, 2001 para.416

mengendalikan bawahannya sehingga ia dapat dikenakan pertanggungjawaban pidana atas tindakan bawahannya.”

Keputusan di atas jelas memperlihatkan bahwa selain komandan militer yang dapat dikenakan tanggungjawab komandan, pimpinan politik atau atasan sipil dapat yang mempunyai posisi sebagai penguasa dapat dikenakan tanggungjawab yang sama.

Dalam Pengadilan Tokyo, yang mengadili Jenderal Iwane Matsui yang bertanggungjawab atas kasus yang cukup terkenal “Rape of Nanking”, Pengadilan menyatakan bahwa ¹⁵⁷: “Ia (Iwane Matsui) memiliki kekuasaan, dan kewajiban untuk mengawasi Angkatan Bersenjataanya dan melindungi warganegara Nanking”. Selanjutnya Pengadilan juga menempatkan tanggungjawab yang sama secara pidana terhadap Menteri Luar Negeri pada saat itu, yaitu Koki Hirota, karena tidak melaksanakan kewajibannya untuk mengambil langkah-langkah mengamankan dan mencegah dilakukannya pelanggaran terhadap hukum perang.

Dengan mengacu pada Undang-Undang 26/2000 mengikuti prinsip-prinsip yang dianut dalam Statuta Roma. Hal ini berarti, semua otoritas sipil atau milisi-milisi akan tetap bertanggungjawab untuk semua

¹⁵⁷ The Tribunal declared : “As Foreign Minister, he received reports of these atrocities immediately after the entry of the Japanese Forces into Nanking. According to the defence evidence, credence was given to these report and the matter was taken up with War Ministry that the atrocities would be stoped. After these assurances had been given reports of atrocities continued to come in for at least a month. The tribunal is in the opinion that Hirota was derelict in his duty in not insisting before the Cabinet that immediate action be taken to put an end to atrocities, failing any other action open to him to bring about the same result. He was content to rely on assurances which he knew **were not being implemented while hundreds of murders, violation of women, and other atrocities were being committed daily.** His in action amounted to criminal negligence.

perbuatan anak buahnya yang berada di bawah perintahnya. Pimpinan sipil ini juga mempunyai kewenangan dan fungsi sebagaimana seorang komandan militer tanpa harus berada dalam jenjang militer. Perbedaannya terletak pada kemampuan atau sumber daya untuk memperoleh informasi di mana komandan militer dianggap mempunyai cukup daya untuk itu dan karenanya ia tidak dapat mengatakan bahwa ia tidak tahu. Sementara bagi pimpinan sipil, mereka diharapkan bertindak sesuai dengan pengetahuan yang mereka peroleh seperti halnya kewenangan yang dimiliki oleh komandan militer. Kemampuan atasan sipil secara *de jure* atau *de facto* untuk memaksakan sanksi adalah tidak esensial. Kewenangan atasan sipil adalah untuk menindaklanjuti laporan kepada atasan yang lebih berhak berdasarkan posisinya sebagai atasan ketika terjadi tindak pidana.

B. Pengaturan Tanggung jawab Komando Terhadap Pelanggaran HAM yang Berat Dan kejahatan perang Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional

a. Konsep-Konsep Yang Berkaitan Dengan Tanggung Jawab Komando Dalam hukum Pidana /RKUHP

Dalam Doktrin hukum Internasional tanggung jawab komando adalah doktrin yang berhubungan dengan pertanggungjawaban pidana secara individual yang dikembangkan melalui kebiasaan dan praktek-praktek pengadilan kejahatan perang, terutama seusai Perang Dunia ke-II.

Walaupun doktrin ini berawal dari instrumen Hukum Humaniter Internasional yang hanya berlaku pada situasi konflik bersenjata, namun dalam perkembangannya, doktrin ini juga diterapkan dalam kasus-kasus yang tidak mengandung konflik bersenjata. Misalnya dalam kasus kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi di luar konflik bersenjata.

Seperti diketahui tanggung jawab komando telah diatur dalam Pasal 42 UU No. 26 Tahun 2000. Namun karena UU ini hanya mengatur tentang kejahatan terhadap kemanusiaan dan genosida saja, maka ketentuan tanggung jawab komando tidak dapat diterapkan pada kasus-kasus kejahatan perang. Namun dalam perkembangan yang terbaru, dalam RKUHP telah memasukkan perbuatan kejahatan perang (pelanggaran berat hukum humaniter internasional) beserta ancaman pidananya yaitu terdapat dalam Pasal 392 sampai dengan Pasal 395 Konsep 2004, sedangkan dalam Konsep 2005 dalam Pasal 396-399. Dengan demikian nantinya, jika naskah RKUHP tersebut sudah berlaku, maka tanggung jawab komando juga dapat diterapkan pada kasus-kasus kejahatan perang.

Tampaknya hukum nasional belum mengatur secara tegas tentang pertanggungjawaban pidana seorang komandan yang timbul dari tindakannya membiarkan bawahan melakukan kejahatan dalam suatu sengketa bersenjata (kejahatan perang) internasional maupun sengketa bersenjata non internasional. Dan tampaknya pertanggungjawaban pidana

terhadap seorang komandan militer atau atasan karena melakukan pembiaran (delik omisi) baru terbatas pada pelanggaran HAM yang berat saja.

Sepintas tentang delik omisi apabila dikaitkan dengan perumusan tindak pidana maka larangannya ditujukan kepada tidak diturutinya perintah. Dengan demikian, norma hukum pidana berisi rumusan tentang suruhan untuk melakukan sesuatu. Dalam hal tindak pidana materiil, larangan ditujukan kepada penimbunan akibat. Tindak pidana berisi rumusan tentang akibat-akibat yang terlarang untuk diwujudkan. Ketika tindak pidana berisi rumusan tentang dilarangnya suatu omisi, maka hakikatnya undang-undang justru memerintahkan setiap orang melakukan sesuatu, apabila mendapati keadaan-keadaan yang juga ditentukan dalam undang-undang tersebut. Dengan demikian, rumusan tentang tindak pidana berisi tentang kewajiban, yang apabila tidak dilaksanakan pembuatnya diancam dengan pidana . Kewajiban dalam hal ini, bukan hanya bersumber dari ketentuan undang-undang.¹⁵⁸ Dapat saja kewajiban tersebut timbul dari suatu perjanjian, ataupun kewajiban yang timbul diluar perjanjian, atau kewajiban yang timbul dari hubungan-hubungan khusus seperti hubungan antara atasan dan bawahan, atau kewajiban untuk mencegah keadaan bahaya akibat perbuatannya, bahkan kewajiban-kewajiban lain yang timbul dalam hubungan social seperti kewajiban hidup

¹⁵⁸ William Wilson, *Criminal Law; Doctrine And Theory*, 2003, London: Logman, hal.84. mengutip Chairul Huda dalam “*dari Tiada pidana Tanpa Kesalahan Menuju kepada “tiada Pertanggungjawaban Pidana tanpa Kesalahan*”, 2006, Prenada media, Jakarta. Hal.30

bertetangga. Dengan demikian, kewajiban-kewajiban di sini dapat berarti bersifat umum, sehingga lebih bersifat *general social expectation* daripada *moral aspiration*.¹⁵⁹ Persoalannya, akankah hal tersebut tidak bertentangan dengan asas legalitas. Bukankah hukum pidana hanya dapat bekerja jika masyarakat mendapat peringatan yang memadai baik mengenai perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan maupun perbuatan yang justru harus dilakukan. Kewajiban ini timbul karena masyarakat mengharapkan setiap orang sesuai dengan kedudukannya, melakukan sesuatu jika menghadapi ketentuan yang ditentukan dalam undang-undang. Dengan demikian, perbuatannya tetap dirumuskan dalam undang-undang. Artinya larangan untuk tidak melakukan sesuatu tersebut ditentukan dalam undang-undang, tetapi kewajiban yang timbul daripadanya tidaklah harus eksplisit dalam undang-undang.

Bertolak dari penjelasan tersebut di atas maka pertanggungjawaban pidana komando lebih merupakan masalah perumusan tindak pidana yang berupa dilarangnya tidak melakukan sesuatu (delik omisi) daripada masalah pertanggungjawaban pidana. Dengan demikian, masalah pertanggungjawaban pidana komando sebenarnya cenderung merupakan masalah *actus reus* (unsur tindakan yang diharuskan) dan bukan masalah *mens rea* (unsur kesengajaan). (Seperti diketahui bahwa kedua unsur tersebut merupakan unsur-unsur pokok dalam doktrin tanggung jawab komando selain adanya unsur hubungan antara atasan dan bawahan).

¹⁵⁹ *Ibid*, hal. 83 mengutip *Ibid*, hal.31.

Hal ini menyebabkan tidak pada tempatnya jika istilah pertanggungjawaban pidana, disandingkan dengan komando. Umumnya anggapan demikian timbul karena masalah pertanggungjawaban pidana dirumuskan dalam Pasal 28 ICC. Berbeda halnya dengan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 yang justru merumuskannya sebagai tindak pidana. Hal itu menjadi bagian “ketentuan pidana” undang-undang tersebut dan tidak terdapat perumusan tentang pertanggungjawaban komando. Lebih jauh lagi tentang pertanggungjawaban pidana komando merupakan masalah *actus reus* Muladi berpendapat:

“Pertanggungjawaban pidana ini bisa bersumber dari “*actus reus*” baik berupa perbuatan positif dari komandan atau *superior* (kadang-kadang disebut sebagai “*direct command responsibility*”) maupun atas dasar kelalai yang bersifat *omissionis (culpable omissionis)*. Dengan demikian seorang komandan atau *superior* tidak hanya dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana karena “*ordering instigating or planing*” tindak pidana yang dilakukan oleh bawahannya, tetapi juga karena kegagalan untuk mengambil tindakan-tindakan untuk mencegah atau menahan perbuatan melawan hukum bawahannya tersebut.”¹⁶⁰

Mengenai hal ini juga lebih dipertegas oleh aliran dualisme yang menjelaskan bahwa *actus reus* merupakan *criminal act* atau tindak pidana. Dengan demikian, kejadian seorang komandan militer atau *superior* memerintahkan, menjadi penggerak ataupun merencanakan suatu tindak pidana yang kemudian dilakukan bawahannya, bukan merupakan pertanggungjawaban pidana komandan militer atau superior

¹⁶⁰ Muladi, “*Demokratisasi, Hak Asasi Manusia, Dan reformasi ukum di Indonesia*, 2002, The Habibie Center, Jakarta. Hal. 284.

atas tindak pidana yang dilakukan bawahannya, melainkan dipandang sebagai tindak pidana apabila seorang komandan militer memberi perintah, menjadi penggerak ataupun perencana suatu tindak pidana yang dilakukan bawahannya. Pertanggungjawaban komandan tersebut, tergantung apakah dia dapat dicela karena sebenarnya dapat berbuat lain selain melakukan perbuatan itu. Sebenarnya tanpa dinyatakan dalam suatu rumusan tindak pidana, pembuat perbuatan yang demikian, dapat dipidana berdasarkan Pasal 55 KUHP/Pasal 21 dalam RKUHP 2005. Dengan demikian, hal tersebut lebih bersifat "*criminal participation*", yang bukan saja berlaku bagi komandan militer, tetapi pada setiap anggota masyarakat pada umumnya.

Dalam hal pertanggungjawaban pidana komandan militer atas pengabaian informasi, kegagalannya mencegah atau menahan tindak pidana yang dilakukan bawahannya yang dalam Pasal 42 ayat (2) a dan b), lebih merupakan tindak pidana yang berisi dilarangnya tidak berbuat sesuatu (delik omisi). Dengan demikian, menjadi kewajiban bagi komandan untuk mencegah atau menahan tindak pidana yang dilakukan bawahannya. Komandan militer yang tidak melaksanakan kewajibannya tersebut telah melanggar suatu rumusan tindak pidana. Kewajiban itu timbul karena adanya hubungan khusus, antara komandan dan bawahannya. Dengan demikian hal ini lebih tepat dikatakan *participation by omission*, terhadap terjadinya suatu tindak pidana, dan tidak tepat

apabila hal ini dipandang sebagai *indirect liability* (pertanggungjawaban tidak langsung).

Apabila dikaitkan dengan diadopsinya Pasal 28 ICC yang semula diadopsi dari perumusan Pasal 86 AP I, 1977 yang kemudian diadopsi dan disempurnakan Pada Pasal 7 (3) ICTY 1993 dan Pasal 6 ayat (3) ICTR 1994, serta Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 bukankah tidak mungkin sangat beralasan apabila bunyi Perumusan tentang pertanggungjawaban komando tidak ada istilah tindak pidana seperti yang dimaksud di atas. Namun mencermati Pasal 42 tersebut terdapat ketidaksepadan¹⁶¹ dengan Pasal 28 ICC, antara lain Dengan dihapusannya kata-kata “secara pidana” dari frasa asli Statuta Roma 1998 Pasal 28 ICC huruf (a) dimana tercantum kata “*criminally*” menambah kelemahan ketentuan Pasal 42 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 mengenai konsep pertanggungjawabkan komandan militer dalam peristiwa pelanggaran HAM yang berat. Karena tidak dicantumkannya frasa “secara pidana” maka seorang komandan militer, yang meskipun dinyatakan bersalah setelah proses hukum, tidak perlu harus dipertanggungjawabkan secara pidana melainkan dapat secara administrative atau pertanggungjawaban disipliner.

Selanjutnya kaitannya dengan delik omisi maka pertanggungjawaban pidana terhadap seorang komandan militer atau

¹⁶¹ Untuk lebih jelasnya ketidak sepadannya Pasal 42 serta Pasal 28 ICC tersebut lihat *Round Table Discussion “Amandemen UU No.26/200 tentang Pengadilan HAM”* yang diselenggarakan oleh KOMNAS HAM, pada 15-16 Agustus 2005, di hotel Redtop, Jakarta. Hal.33-35.

atasan karena melakukan pembiaran baru terbatas pada pelanggaran hak asasi manusia yang berat sedangkan dalam KUHPM belum mengatur tentang tanggung jawab pidana yang timbul dari tindakan pembiaran. Namun ada beberapa pasal yang identik dengan tindak pidana pembiaran yaitu Pasal 129 KUHPM serta Pasal 132 KUHPM.

Pasal 129 dinyatakan bahwa:

“Anggota tentara yang dengan sengaja, baik dengan melampaui batas kekuasaannya, maupun didalam suatu keadaan yang asing bagi kepentingan dinas, memerintahkan kepada seorang bawahan untuk berbuat, tidak berbuat atau membiarkan sesuatu, dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya dua tahun delapan bulan”.

Pasal 132 dinyatakan bahwa:

“Seorang atasan militer yang sengaja mengizinkan seorang bawahan melakukan suatu kejahatan, atau yang menjadi saksi dari suatu kejahatan yang dilakukan oleh seseorang bawahan dengan sengaja tidak mengambil sesuatu tindakan kekerasan yang diharuskan sesuai dengan kemampuannya”.

Dalam KUHP tanggung jawab pidana seorang komandan atas perbuatan pidana yang dilakukan oleh bawahan dalam hal adanya perintah yang demikian itu dapat dimintakan tanggung jawab secara pidana berdasarkan Pasal 55 KUHP atau Konsep KUHP 2005 Pasal 21 tentang penyertaan, yang menjelaskan bawahan dapat dikualifikasikan sebagai pelaku sedangkan komandannya dapat dikualifikasikan sebagai yang menyuruh melakukan. Hal ini juga tercermin dalam Stb. 1946 No. 45 (ordonansi hukum pidana kejahatan perang) khususnya Pasal 9 dinyatakan bahwa seseorang yang bawahannya melakukan kejahatan

perang, maka ia (atasannya) juga dipidana sebagai pembuat (*dader*) apabila ia telah membiarkan perbuatan kejahatan perang itu dilakukan oleh bawahannya, sedangkan ia mengetahui, setidaknya secara nalar harus menduga kejahatan itu dilakukan atau akan dilakukan¹⁶². Sepintas mengenai pengaturan sebagaimana yang dimaksud dengan Pasal 55 KUHP tersebut dipidananya penyuruhlakukan (*doenplegen*) dan penganjur (*uitlokker*) cuma karena mempunyai hubungan tertentu dengan pelaku materilnya (*pleger*) yang dalam hal ini hubungan antara seorang atasan dan bawahan. Pemidanaan terhadap mereka yang menyuruhlakukan ataupun mereka yang menganjurkan hanya dapat terjadi melalui penetapan undang-undang. Baik penyuruhlakukan maupun penganjur, keduanya tidak melakukan tindak pidana yang dilakukan pelaku, tetapi dipandang melakukan tindak pidana. Demikian pula halnya dalam turut serta melakukan dan perbantuan. Mereka semua dipandang sebagai melakukan tindak pidana, dan pertanggungjawaban pidananya ditujukan terhadap perbuatan itu. Kaitannya dengan pertanggungjawaban komando maka komandan tersebut dianggap sebagai yang menyuruhlakukan (pembuat=*dader*) dianggap juga sebagai melakukan tindak pidana walaupun komandan tersebut tidak secara langsung melakukan tetapi dia dikategorikan sebagai pelaku utama asal saja ia mengetahui bahwa kejahatan tersebut bersifat melawan hukum serta mengetahui kejahatan sedang berlangsung

¹⁶² Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum pidana Dalam perspektif Kajian perbandingan*, 2005, Citra Aditya Bandung, hal.186 mengutip dalam Stb. 1946. no. 45.

dan ia tidak mencegah/ tidak melakukan sesuatu untuk menghentikan kejahatan. Berdasarkan hal tersebut maka penjatuhan hukuman bagi seorang komandan lebih berat dari yang disuruhlakukan yang dalam hal ini bawahannya, karena ia merupakan motor penggerak dalam melakukan kejahatan.

Beda halnya dengan Pasal 51 KUHP (Pasal 32 RKUHP 2005) tentang perintah jabatan dari pejabat yang berwenang yang telah ditetapkan sebagai alasan pembenar bagi pelaku yang telah melakukan suatu perbuatan. Dalam ayat 1 dari pasal tersebut bersifat sama seperti dalam pelaksanaan suatu peraturan hukum perundang-undangan, yang menjelaskan apabila hilangnya suatu sifat melanggar hukum, dan hilangnya suatu unsur mutlak dari tindak pidana, tidak dipidana, makanya suatu perintah yang sah sebenarnya merupakan perintah untuk melaksanakan suatu peraturan hukum perundang-undangan. Sedangkan dalam ayat (2) analog dengan *noodweer-exces*, yang tidak dikenakan hukuman pidana juga dalam hal ada perintah, dikeluarkan oleh seorang penguasa yang tidak berwenang untuk itu, namun si pelaku harus mengira secara jujur, bahwa perintah itu sah. Tetapi dalam hal ini, perbuatan yang dilakukan oleh seorang bawahan itu harus berada di dalam lingkungan pekerjaan jabatan.¹⁶³

Apabila dicermati ayat (1) pasal tersebut terdapat persoalan yaitu mengenai perintah, apakah hal tersebut meliputi perintah dari seorang

¹⁶³ Wirjono Prodjodikoro, *Opcit*, hal 89.

atasan kepada seorang bawahan hanya dalam hubungan kepegawaian. Misalnya, seorang swasta mendapat perintah dari seorang polisi lalu lintas untuk merusak suatu barang milik orang lain yang menghalang-halangi lalu lintas. Hal ini menurut Wirjono Prodjodikoro perbuatan seorang swasta ini dilindungi juga oleh Pasal 51 meskipun tidak ada hubungan atasan terhadap bawahan, dalam hal ini antara pegawai polisi dan seorang swasta. Juga menurutnya dianggap sebagai perintah, suatu instruksi dari seorang atasan kepada semua orang bawahan, tanpa menyebutkan nama orang-orang tertentu, untuk melakukan hal-hal, yang tanpa instruksi ini merupakan tindak pidana.¹⁶⁴

Selanjutnya mengenai ayat (2) mengatur tentang melaksanakan perintah yang tidak sah, orang yang melaksanakan perintah yang tidak sah itu tidak dapat dipidana bila memenuhi syarat-syarat: (1) jika ia dengan itikad baik mengira bahwa perintah itu sah, (2) jika perintah itu terletak dalam lingkungan kekuasaan orang yang diperintah.¹⁶⁵ Selain itu juga dalam ayat (2) pasal tersebut membicarakan juga tentang diperluasnya perlindungan bagi orang yang melaksanakan perintah jabatan sampai pada peristiwa-peristiwa yang menjelaskan perintah tersebut

¹⁶⁴ *Ibid*, hal.87-88.

¹⁶⁵ Mustafa Abdullah, *Opcit*, hal. 75. Lihat juga Moeljatno, *Opcit*, hal. 151, yang menyatakan bahwa syarat dalam ayat (2) Pasal 50 tersebut terdiri juga atas: **pertama**, yang subyektif, yaitu dalam batin orang yang diperintah harus mengira bahwa perintahnya adalah sah, baik dilihat dari segi pejabat yang mengeluarkan perintah, maupun dari segi macamnya perintah. Tentu saja kesimpulan kearah ini harus berdasar atas fakta-fakta yang masuk akal. Sebab, meskipun terdakwa mengatakan dia mengira bahwa perintah adalah sah, tetapi kalau hal itu dengan wajar tidak dapat disimpulkan dari fakta-fakta yang ada, maka unsur itikad baik tidak ada. **Kedua** kalau dari fakta-fakta yang ada, adalah masuk akal jika terdakwa mengira bahwa perintah adalah sah, atau berwenang, maka apa yang diperintahkan itu secara obyektif, yaitu dalam kenyataannya, harus masuk dalam lingkungan pekerjaan.

diberikan tanpa wewenang, tetapi perbuatannya tidak dapat dipersalahkan kalau ia tidak mengetahuinya. Disamping itu juga ayat tersebut membahas "lingkungan pekerjaannya", yang hanya terbatas pada pegawai. Dalam hal ini sebagai contoh, Pasal 525 KUHP, yang pada intinya pasal tersebut tidak berhak berlindung pada Pasal 51 ayat (2), sebab ia tidak bertindak sebagai orang bawahan, walaupun melaksanakan sebuah perintah dari seorang pejabat.¹⁶⁶

Selanjutnya kaitan dengan pembaharuan KUHP, dalam Pasal 31 konsep 2004 dan Pasal 32 konsep 2005 mendapat kritik karena, pasal-pasal tersebut terdapat penafsiran yang kontradiktif bila dikaitkan dengan norma-norma hukum khususnya dalam hukum humaniter Internasional. Karena dalam HHI tersebut perintah atasan tidak membebaskan pelaku pelanggaran berat HHI dari tanggung jawab perbuatannya, dan sebaliknya seseorang dapat lepas dari tanggung jawab pidana apabila: (a) orang tersebut berada dalam suatu kewajiban hukum untuk memenuhi perintah dari pemerintah atau dari atasannya; (b) orang tersebut tidak tahu bahwa perintah tersebut melanggar hukum; (c) perintah tersebut tidak jelas melawan hukum.

Selanjutnya Pasal 403 Konsep 2005 yang merumuskan " perintah untuk melakukan genoside atau kejahatan terhadap kemanusiaan dipandang jelas-jelas bersifat melawan hukum". Apabila pasal 403 konsep 2005 dikaitkan dengan dengan ketentuan yang berlaku dalam HHI yaitu

¹⁶⁶ Schaffmeister, dkk, (Editor Sahetapy), *Opcit*, hal.162.

tidak membebaskan pelaku dari pelanggaran berat, maka tidak ada lagi kontradiksi. Dalam hal kejahatan perang, perintah jabatan hanya dapat membebaskan pelaku apabila terpenuhi syarat-syarat tertentu. Menurut Pasal 33 statuta Roma ada tiga syarat kumulatif yang harus terpenuhi untuk membebaskan pelaku yang melakukan perbuatan kejahatan perang karena perintah jabatan. Syarat atau factor tersebut adalah sebagai berikut: pertama, orang tersebut berada dalam suatu kewajiban hukum untuk mematuhi perintah dari pemerintah atau dari atasannya; kedua, orang tersebut tidak tahu bahwa perintah tersebut melanggar hukum; dan ketiga, perintah tersebut tidak melawan hukum. Ketentuan dalam Pasal 51 KUHP/Pasal 32 RKUHP berbeda dengan ketentuan Pasal 33 statuta Roma dimana Pasal 51 menunjuk pada perintah yang oleh pelaku diketahui melawan hukum, sedangkan Pasal 33 Statuta Roma menunjuk pada perintah yang oleh pelaku tidak diketahui melanggar hukum.

Terlepas dari hal tersebut, Pasal 42 ayat (1) tentang alasan pemaaf RKUHP memang menyebutkan hal-hal yang dapat dijadikan alasan pemaaf terhadap seseorang yang telah melakukan suatu perbuatan tindak pidana. Hal tersebut antara lain adalah apabila orang tersebut tidak mengetahui bahwa perbuatan tersebut adalah tindak pidana, atau apabila orang tersebut sesat mengenai keadaan yang merupakan unsur perbuatan tindak pidana. Demikian diatur dalam pasal 42 ayat (1) RKUHP yang berbunyi:

“Tidak dipidana, jika seseorang tidak mengetahui atau sesat mengenai keadaan yang merupakan unsur tindak pidana atau

berkeyakinan bahwa perbuatannya tidak merupakan suatu tindak pidana, kecuali ketidaktahuan, kesesatan, atau keyakinannya itu patut dipersalahkan kepadanya.”

Namun demikian, keberadaan Pasal 42 ayat (1) RKUHP tidak dapat dijadikan dasar bahwa tanggung jawab yang ditetapkan oleh RKUHP terhadap pelaku kejahatan perang karena perintah jabatan oleh pejabat yang berwenang sama besarnya dengan tanggung jawab yang ditetapkan menurut Pasal 33 Statuta Roma. Kesimpulan tersebut dapat diambil mengingat Pasal 42 ayat (1) RKUHP bukanlah merupakan bagian dari Pasal 32 RKUHP dan tidak berkaitan dengan perintah atasan. Artinya, jika dibandingkan dengan RKUHP, statuta Roma memberi tanggung jawab yang lebih luas dan tegas kepada pelaku kejahatan perang, sekalipun perbuatan tersebut dilakukan atas perintah jabatan dari pejabat yang berwenang.

Selanjutnya, ada ketentuan lain juga dalam RKUHP, yang terkesan mirip dengan ketentuan dalam Pasal 33 Statuta Roma, yaitu dalam Pasal 45 RKUHP. Pasal tersebut berbunyi sebagai berikut:

“Perintah jabatan yang diberikan tanpa wewenang tidak mengakibatkan hapusnya pidana, kecuali jika orang yang diperintahkan dengan itikad baik mengira bahwa perintah tersebut diberikan dengan wewenang dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya.”

Dalam pasal 33 statuta Roma berbicara tentang perintah jabatan dari pejabat yang berwenang yang mirip dengan Pasal 42 ayat (1), sedangkan dalam Pasal 45 ini berbicara tentang perintah jabatan tanpa wewenang. Pasal 45 ini menegaskan bahwa perintah jabatan yang diberikan tanpa

wewenang dapat menyebabkan hapusnya pidana bagi si pelaku pelaksana perintah yang bersangkutan apabila terpenuhi beberapa situasi tertentu. Adapun Pasal 33 statuta Roma menegaskan hal yang berbeda, yaitu jangankan perintah jabatan yang diberikan tanpa wewenang, perintah jabatan yang diberikan oleh pejabat berwenang pun tidak dapat begitu saja melepaskan tanggung jawab pelaku kejahatan perang karena melaksanakan perintah tersebut.

Hal yang sama juga dengan pemberi perintah tidak dapat begitu saja meniadakan tanggung jawab perbuatan kejahatan perang, pemberi perintah itu sendiri atau yang disebut dengan orang yang menyuruh (*plegen*), jelas memikul tanggung jawab dan harus dipidana. Demikian juga disebutkan dalam Pasal 25.3 (b) statuta roma dan Konvensi Jenewa 1949. Hal tersebut terdapat dalam Pasal 55 KUHP, ditegaskan bahwa orang yang menyuruh melakukan peristiwa pidana dapat dihukum sebagai orang yang melakukan. Dalam pasal tersebut juga menjelaskan tentang orang yang dapat dihukum sebagai pelaku peristiwa pidana, bilamana orang tersebut salah memakai kekuasaan atau mempengaruhi/membujuk untuk melakukan sesuatu perbuatan (Pasal 55 ayat (2)). Hal tersebut tidak berbeda dengan yang ditetapkan dalam RKUHP (Pasal 21) serta KUHPM, khususnya Pasal 135 yang menetapkan bahwa orang yang menghasut seorang anggota tentara untuk melakukan suatu kejahatan dapat dihukum dengan pidana penjara. Pasal yang sama dengan penjelasan tersebut juga terdapat dalam Pasal 126 KUHPM namun sanksi

dari Pasal 135 lebih berat yaitu 6 tahun sedangkan dalam Pasal 126 hanya 5 tahun

Mencermati pasal-pasal yang tersebut di atas maka baik KUHP maupun RKUHP tidak memberikan ketentuan peniadaan penuntutan pidana bagi orang yang menyuruh melakukan perbuatan pidana, walaupun orang yang menyuruh tersebut kemudian dapat mencegah pelaksanaan perbuatan tersebut dengan cara melaporkannya kepada penguasa. Lain halnya dengan Pasal 72 KUHPM yang memberikan maaf kepada orang yang ikut serta melakukan permufakatan dalam kejahatan terhadap keamanan negara, asal saja keikutsertaan orang tersebut bukan sebagai pemimpin, penganjur atau penggerak. Oleh karena itu, sudah pada tempatnya bahwa Pasal 23 RKUHP menetapkan bahwa keadaan pribadi seseorang yang menghapuskan, mengurangi atau memberatkan penjatuhan pidana hanya diberlakukan terhadap pembuat atau pembantu tindak pidana yang bersangkutan.

b. Pertanggungjawaban Komandan/Atasan Berdasarkan Penyimpangan Asas culpabilitas

1. Pertanggungjawaban Berdasarkan Asas Strict Liability dan Vicarious Liability

Seperti diketahui dalam sistim hukum pidana di Indonesia ada pandangan yang menganut pemisahan antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana (aliran dualisme). Teori ini berpangkal tolak dari pandangan bahwa, unsur pembentuk tindak pidana hanyalah

perbuatan.¹⁶⁷ Pada dasarnya tindak pidana adalah perbuatan atau serangkaian perbuatan yang padanya dilekatkan sanksi pidana. Dengan demikian, dilihat dari istilahnya hanya sifat-sifat dari perbuatan saja yang meliputi suatu tindak pidana. Sedangkan sifat-sifat orang yang melakukan tindak pidana tersebut menjadi bagian dari persoalan lain, yaitu pertanggungjawaban pidana. Dalam hal ini bukan berarti seseorang dapat dihukum dengan tidak adanya tindak pidana. Moeljatno mengatakan, “orang tidak mungkin dipertanggungjawabkan (dijatuhi pidana) kalau dia tidak melakukan perbuatan pidana”.¹⁶⁸ Dengan demikian, pertanggungjawaban pidana pertama-tama tergantung pada dilakukannya tindak pidana. Jadi hanya dengan melakukan tindak pidana seseorang dapat dimintai pertanggungjawaban. Dengan demikian, menelusuri apakah seseorang dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana, pertama-tama dilakukan dengan menjawab pertanyaan, apakah yang bersangkutan melakukan tindak pidana. Namun, hal ini bukan berarti sebaliknya, yaitu orang yang melakukan tindak pidana dengan sendirinya dapat dipertanggungjawabkan. Lebih lanjut hal ini dikatakan oleh Moeljatno, yang menyatakan meskipun melakukan tindak pidana, tidak selalu pembuatnya dapat dipidana (dapat dipertanggungjawabkan)¹⁶⁹. Lebih jauh lagi hal ini lebih ditegaskan oleh Barda dan Muladi, yang mengatakan bahwa pada umumnya yang dapat dipertanggungjawabkan

¹⁶⁷ Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Dalam hukum Pidana*, 1983, Jakarta Bina Aksara, hal 10.

¹⁶⁸ Moeljatno, *Asas-asas Hukum pidana*, 1987, Bina Aksara, Jakarta. Hal.155.

¹⁶⁹ *ibid.*

adalah si pembuat, tapi tidaklah selalu demikian.¹⁷⁰ Hal ini lebih dipertegas lagi oleh Honderic yang mengatakan: “*punishment is not always of an offender*”.¹⁷¹

Dengan berdasarkan pendapat-pendapat yang dikemukakan oleh guru-guru besar hukum pidana maka bukankah tidak mungkin juga diberlakukannya pertanggungjawaban pidana pada seseorang berdasarkan penyimpangan asas kesalahan (*culpabilitas*) yaitu dikenal dengan istilah *strict liability* dan *vicarious liability*. Sebenarnya kedua asas tersebut tidak dikenal dalam *civil law system* melainkan dalam *common law system*¹⁷². Dalam *common law system*, memang teori tentang pertanggungjawaban pidana umumnya identik dengan teori tentang pertanggungjawaban perdata. Dalam hal ini Albert menyatakan:

“*The general theory of criminal responsibility was identical to general theory of civil liability*”.¹⁷³ Berdasarkan hal tersebut maka penyimpangan asas kesalahan hanya merupakan suatu konsep yang bersifat eksepsional/perkecualian dari konsep umum pertanggungjawaban pidana. Konsep yang bersifat perkecualian ini dianut oleh Rancangan KUHP.

Lebih jauh lagi hal ini dipertegas oleh Barda Nawawi, yang mengatakan:

¹⁷⁰ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori Dan Kebijakan Pidana*, 1998, Alumni, Bandung. Hal.97.

¹⁷¹ Ted Honderich, *Punishment; The Supposed Justifications*, 1976, London: Penguin Books, hal.16. mengutip Chairul Huda, *Op cit* hal.39.

¹⁷² kedua hal tersebut merupakan kebiasaan-kebiasan hukum yang dianut oleh negara-negara dimana dalam *civil law system* oleh negara-negara Eropa kontinental sedangkan *common law system* oleh negara-negara liberalism seperti Inggris.

¹⁷³ Albert W. Alshuler, *Law Without value*, 1997, Chicago; The University of Chicago Press. Hal.110. mengutip Chairul Huda, *op cit*, hal.41.

“walaupun prinsipnya bertolak dari pertanggungjawaban pidana berdasarkan kesalahan (*liability based on fault*), namun dalam hal-hal tertentu konsep juga memberikan kemungkinan adanya “pertanggungjawaban yang ketat” (*strict liability*)” dan “pertanggungjawaban pengganti” (*vicarious liability*).¹⁷⁴

Adapun bunyi dari kedua asas tersebut terdapat dalam Pasal 38 (1)

serta ayat (2) RKUHP 2005. Ayat (1) nya berbunyi:

“Bagi tindak pidana tertentu, Undang-Undang dapat menentukan bahwa seseorang dapat dipidana semata-mata karena telah dipenuhinya unsur-unsur tindak pidana tersebut tanpa memperhatikan adanya kesalahan”.

Ayat (2) nya berbunyi:

Dalam hal ditentukan oleh Undang-Undang, setiap orang dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukan oleh orang lain.

Bertolak dari pernyataan-pernyataan tersebut di atas maka bukan tidak mungkin juga kedua asas dapat diimplementasikan dalam pertanggungjawaban Komandan/atasan dalam pelaku kejahatan perang serta pelaku pelanggaran HAM yang berat. Untuk itu di bawah ini akan dibahas penyimpangan asas kesalahan tersebut dalam kaitannya dengan pertanggungjawaban komando/atasan, serta pertanggungjawab korporasi karena bukan tidak mungkin juga korporasi dapat diminta pertanggungjawaban pengganti dalam hal pelaku kejahatan perang misalnya mensuplai gas-gas beracun dalam kejahatan perang.

¹⁷⁴ Barda nawawi arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, 1996, Ctra Aditya Bandung. Hal95.

a. Asas *Strict Liability*

Menurut doktrin *strict liability*, seseorang sudah dapat dipertanggungjawabkan untuk tindak pidana tertentu walaupun pada diri orang itu tidak ada kesalahan (*mens rea*).

Dalam ilmu pengetahuan hukum pidana terdapat perbedaan pendapat mengenai doktrin ini. Sebagian pendapat menyatakan bahwa prinsip “Tidak terdapat sama sekali kesalahan” harus dapat diterapkan, kecuali apabila dijumpai kesalahan besar pada pelaku. Sedangkan yang lain mengatakan bahwa penerapan doktrin ini harus dibuat persyaratan yang lebih ketat, tergantung pada kasus-kasus bersangkutan¹⁷⁵.

Pendapat lain mengenai doktrin tersebut dalam hukum pidana dikemukakan oleh Roeslan saleh yang menyatakan bahwa:¹⁷⁶

I ...Dalam praktek pertanggungjawaban pidana menjadi lenyap, jika ada salah satu keadaan-keadaan yang memaafkan. Praktek pula melahirkan aneka macam tingkatan keadaan-keadaan mental yang dapat menjadi syarat ditiadakannya pengenaan pidana, sehingga dalam perkembangannya lahir kelompok kejahatan yang untuk pengenaan pidananya cukup dengan *strict liability*.

Mencermati akan perumusan yang diberikan oleh Roeslan saleh maka dimungkinkan pertanggungjawaban tersebut dapat diterapkan pada pertanggungjawabkan pada seorang komandan, dalam hal kejahatan perang atau dalam hal pelanggaran HAM yang berat (Kejahatan terhadap

¹⁷⁵ Hamzah Hatrik, *Opcit*, hal.14 mengutip Hulsman dalam “*Sistim Peradilan Pidana Dalam perspektif Perbandingan Hukum Pidana*”, 1984, Jakarta Rajawali.Pers.

¹⁷⁶ *Ibid*, hal. 14, mengutip dalam Roeslan Saleh, *Opcit*, hal.21.

kemanusiaan dan genoside). Dalam hal kejahatan perang komandan tersebut secara otomatis dapat dipersalahkan walaupun ia tidak secara langsung melakukan perbuatan tetapi karena adanya hubungan antara atasan dan bawahan. perbuatan tersebut berkaitan dengan tugas, seorang komandan harus bertanggung jawab. Sedangkan dalam hal pelanggaran berat HAM walaupun ia bukan militer namun kesalahan dapat juga berlaku pada sipil (Pasal 42 ayat (2) yang dalam hal ini adalah wali kota atau bupati atau gubernur. Melihat penjelasan tersebut di atas maka benarliah contoh yang diberikan oleh Morawetz, ia memberi contoh memproduksi dan menjual obat, membuat dan menjual bahan peledak, dan pembuatan makanan. Dalam penyelidikan untuk mendapat alat bukti guna menentukan kesalahan si pelaku akan sulit dilakukan karena yang berkaitan dengan alat bukti tersebut mudah untuk dihilangkan.

Meskipun contoh yang diberikan Morawetz itu tidak diarahkan pada kejahatan perang, akan tetapi sangat beralasan bila pertanggungjawaban pidana secara *strict* itu diterapkan terhadap pelaku kejahatan perang.¹⁷⁷ Ambil contoh, misalnya dalam sebuah *camp* penahanan para tawanan perang, terjadi pemukulan atau penyiksaan lainnya yang dilakukan oleh pihak lawan yang sebenarnya dilarang oleh Konvensi Jenewa (ketiga) Ketika hendak membuktikan siapa yang melakukan pemukulan atau penyiksaan itu, maka akan sulit membuktikan siapa pelakunya, padahal penyiksaan telah dilakukan. Mencermati akan

¹⁷⁷ Konvensi Jenewa dan Protokol Tambahan I & II, serta Statuta Roma 1998 tidak mengatur mengenai prinsip *strict liability* tersebut.

kasus tersebut maka yang menjadi pelaku dalam kasus tersebut tentu pimpinan Camp tersebut walaupun si pemimpin tersebut tidak secara langsung melakukan perbuatan atau dengan kata lain ia tidak bersalah. Tetapi karena ia tidak melakukannya suatu kewajiban sesuai dengan kewenangan yang dimilikinya dan membiarkan kejahatan tetap berlangsung.

Berdasarkan hal tersebut maka apabila asas *strict liability* tidak diarahkan kepada pelaku seperti dalam contoh tersebut, dikhawatirkan perlindungan yang telah diatur dalam Konvensi Jenewa tersebut menjadi tidak fungsional, dan pada akhirnya membiarkan terjadinya korban penyiksaan atau bentuk-bentuk tindakan lainnya. Sebagai contoh pula adanya pertanggungjawaban secara "*strict liability*" pada seorang komandan militer terdapat dalam kasus Tomoyuki Yamashita, ia dipersalahkan sebagai atasan untuk bertanggungjawab atas perbuatan bawahannya yang melakukan kejahatan perang dengan mengabaikan perintahnya walaupun ia tidak mengetahui perbuatan bawahannya oleh karena hubungan komunikasi telah putus, namun ia tetap bertanggungjawab atas perbuatan-perbuatan pasukannya hanya dengan pertimbangan bahwa ia komandan pasukan tersebut.

b. Asas *Vicarious Liability*

Doktrin ini merupakan suatu pertanggungjawaban pidana yang dibebankan kepada seseorang atas perbuatan orang lain.

Pertanggungjawaban demikian misalnya terjadi dalam hal perbuatan-perbuatan yang dilakukan oleh orang lain yang berkaitan dengan pekerjaan atau jabatannya. Dengan demikian dalam pengertian "*vicarious liability*" ini, walaupun seseorang tidak melakukan sendiri suatu tindak pidana dan tidak mempunyai kesalahan dalam arti biasa, ia masih dapat dipertanggungjawabkan, bahkan dalam hal tertentu ia dipertanggungjawabkan sebagai pelaku (pembuat).

Jika dibandingkan antara "*strict liability*" dan "*vicarious liability*" nampak jelas bahwa persamaan dan perbedaannya. Persamaannya bahwa keduanya tidak mensyaratkan adanya "*mens rea*" atau unsur kesalahan pada orang yang dituntut pidana. Perbedaannya bahwa dalam hal "*strict liability*" pertanggungjawaban pidana bersifat langsung dikenakan pada pelakunya, sedangkan pada "*vicarious liability*" pertanggungjawaban pidana bersifat tidak langsung. Apabila dikaitkan dengan unsur tanggung jawab komando dengan persamaan yang terdapat dalam *strict liability* dan *vicarious liability* keduanya tidak mensyaratkan adanya *mens rea* (kesengajaan) padahal apabila dikaitkan dengan unsur tanggung jawab komando dalam ICTY maupun ICTR harus ada unsur kesengajaan, yaitu atasan mengetahui atau memiliki alasan untuk mengetahui bahwa kejahatan sedang dilakukan atau telah dilakukan oleh bawahannya dan ia tidak mengambil tindakan untuk mencegah/hanya membiarkan. Namun hal ini (tidak adanya *mens rea*) juga dapat diimplementasikan dalam unsur pertanggungjawaban komando, karena seorang komando

dipertanggungjawabkan bukan karena kesalahan namun karena perbuatan, karena ia membiarkan terjadinya kejahatan, dengan demikian, pertanggungjawaban pidana terjadi bukan karena pembuatnya melakukan tindak pidana, tetapi karena ada orang lain yang dalam hal ini (Komando/atasan) yang harus juga bertanggungjawab karena hubungan antara atasan dan bawahan. Mengenai hal ini Reid mengatakan, "*Vicarious liability is dispense with the requirement of actus reus and imputes the criminal act of one person to another person*".¹⁷⁸

Jadi, pada dasarnya adanya *vicarious* kejadian lain, pertanggungjawaban pidananya timbul karena pelaku bertindak untuknya. Dengan demikian, terdapat persamaan antara *vicarious liability* dan tindak pidana penyuruh lakukan atau penganjur dalam penyertaan. Perbedaannya, jika dalam penyertaan dipersyaratkan adanya kesengajaan (kesalahan) pada para peserta, sedangkan dalam *vicarious liability* justru hal ini tampaknya dikecualikan. Namun bukan berarti dalam hal pertanggungjawaban *vicarious liability* tidak berdasar kesalahan. Dalam hal ini Fletcher mengatakan, *vicarious liability sebagai "form of liability relates to complicity as strict liability relates to principle of culpability"*.¹⁷⁹ Berdasarkan hal tersebut maka Lebih lanjut ia mengatakan juga bahwa dalam *Vicarious liability* dapat dipandang sebagai bentuk

¹⁷⁸ Sue Titus Reid, "*criminal Law*," 1995, New jersey: prentice Hall. Hal 51.

¹⁷⁹ Fletcher, george P. "*Rethinking Criminal Law*," 2000, Oxford: Oxford University Press, hal 647. Mengutip Chairul Huda, hal.45.

hubungan baru dari penyertaan, *Vicarious liability as categories of complicity*”.¹⁸⁰

Selanjutnya Peter Gillies menulis bahwa *vicarious liability* dalam hukum pidana dapat digambarkan sebagai pengenaan pertanggungjawaban pidana kepada seseorang dalam kapasitas pelaku utama, berdasarkan atas perbuatan pelanggaran atau sekurang-kurangnya ada unsur pelanggaran yang dilakukan oleh orang lain. Contoh dari bentuk pertanggungjawaban itu yang dikemukakan oleh Gillies, adalah hubungan antara karyawan dan pimpinan (*employer-employee situation*). Dengan kata lain, *vicarious liability* berarti pertanggungjawaban atas perbuatan yang dilakukan oleh orang lain (*liability for the acts of another person*).

Dikaitkan dengan keberadaan komandan atau penanggung jawab di *camp* penahanan tawanan perang sebagaimana digambarkan di atas, maka dengan menggunakan prinsip *vicarious liability* itu, tidak ada alasan bagi komandan atau yang bertanggung jawab untuk camp tersebut menghindar dari tanggung jawabnya. Dengan demikian, mengenakan pertanggungjawaban pidana secara *vicarious* ¹⁸¹ dalam kejahatan perang, di samping akan mengefektifkan keberlakuan Konvensi Jenewa yang berkaitan dengan perlakuan terhadap tawanan perang, juga akan

¹⁸⁰ *Ibid*, hal. 649.

¹⁸¹ Sehubungan dengan asas *vicarious liability* itu, dalam RUU KUHP 2004, Pasal 35 ayat (3) dikemukakan: “Dalam hal tertentu, setiap orang dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukan oleh orang lain, jika ditentukan dalam suatu undang-undang”. Adanya klausula “....., jika ditentukan dalam suatu undang-undang” menunjukkan bahwa penggunaan prinsip ini harus dibatasi untuk kejadian-kejadian tertentu yang ditentukan secara tegas oleh undang-undang agar tidak digunakan secara sewenang-wenang.

mendorong komandan untuk lebih bertanggung jawab atas tugas yang diemban kepadanya. Karena, jika mengabaikan tanggung jawab, konsekuensinya ia pun dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan yang dilakukan oleh bawahannya. Kesemua itu, akan bermuara pada upaya pencegahan terjadinya korban penyiksaan di *camp* penahanan.

Oleh karena itu, ketentuan yang telah diatur dalam Pasal 38 ayat (1) RUU KUHP 2005 dapat dikatakan sebagai langkah antisipasi dalam menghadapi tindak pidana tertentu yang sulit pembuktiannya, termasuk dalam hal kejahatan perang. Demikian juga dengan ketentuan Pasal 38 ayat (2) RUU KUHP 2005, sehingga apa yang telah dikemukakan di atas, pada dasarnya merupakan penegasan bahwa asas *strict liability* dan *vicarious liability* seharusnya tidak terkecuali untuk pelaku kejahatan perang bahkan dalam hal pelanggaran HAM yang berat.

2. Pertanggungjawaban Korporasi

Berbicara masalah korporasi maka tidak bisa lepas dari bidang hukum perdata. Sebab korporasi merupakan terminology yang erat kaitannya dengan badan hukum (*rechtspersoon*) dan badan hukum itu sendiri merupakan terminology yang erat kaitannya dengan bidang hukum perdata. Namun dengan melihat perkembangan yang ada terdapat kejahatan-kejahatan yang timbul teristimewa dalam kejahatan ekonomi, perindustrian banyak melibatkan badan hukum maka kedudukan korporasi mulai bergeser dari subyek hukum biasa menjadi subyek hukum pidana.

Lebih jauh lagi ditematkannya korporasi sebagai subyek hukum pidana menurut Satjipto Rahardjo tidak lepas dari modernisasi social, , modernisasi social dampaknya pertama harus diakui, bahwa semakin modern masyarakat itu semakin kompleks sistim social, ekonomi dan politik yang terdapat didalamnya maka kebutuhan akan system pengendalian kehidupan yang formal akan menjadi semakin besar pula. Kehidupan social tidak dapat lagi diserahkan kepada pola aturan yang santai, melainkan dikehendaki adanya pengaturan yang semakin rapi, terorganisasi, jelas dan terperinci.¹⁸²

Dengan ditematkannya korporasi kedalam hukum pidana tentu tidak lepas juga dengan apa yang disebut sebagai pembuat. Kedudukan korporasi sebagai pembuat dan pertanggungjawaban korporasi dalam hukum pidana menyangkut; (i) pengurus korporasi sebagai pembuat dan pengurus yang bertanggungjawab; (ii) korporasi sebagai pembuat dan pengurus yang bertanggungjawab; (iii) korporasi sebagai pembuat dan yang bertanggungjawab. Dalam konsep RKUHP 2005 tampaknya ketentuan korporasi sebagai pembuat dan yang bertanggungjawab sudah tercermin mulai dari Pasal 47-53.

Berbicara mengenai pembuat tentu tidak terlepas juga dengan penyertaan serta perbantuan (dalam KUHP terdapat dalam Pasal 55 serta Pasal 56 dan dalam Konsep 2005 terdapat dalam pasal 21 serta Pasal 22), karena dalam suatu kejahatan kadangkala dilakukan oleh beberapa

¹⁸² Satjipto Rahardjo, *Hukum Masyarakat Dan Pembangunan*, 1980, Alumni Bandung, hal.3 dan 4.

orang entah mereka menyediakan sarana yang berkaitan dengan kejahatan yang akan mereka lakukan atau mereka hanya menyuruh orang lain untuk melakukan. Sebagai contoh kejahatan korporasi tersebut mencerminkan adanya penyertaan serta perbantuan dapat dilihat dalam Pasal 169 KUHP, Pasal 398 KUHP serta Pasal 399 KUHP.

Berdasarkan penguraian singkat di atas tersebut maka bukan tidak mungkin korporasi juga dapat bertindak sebagai pembantu tindak pidana dalam hal pelaku kejahatan perang apabila, korporasi tersebut menyediakan bahan-bahan atau sarana yang disebut dalam Pasal 397 RKUHP 2005 khususnya huruf r sampai dengan huruf u, yaitu bahan berikut: (r) racun atau senjata-senjata beracun; (s) gas-gas yang menyesakkan nafas, gas beracun atau gas lainnya, dan segala cairan, material, atau perlengkapan yang semacam; (t) peluru-peluru yang meluas atau merata di dalam badan manusia seperti peluru dengan suatu selubung keras yang tidak seluruhnya mencakup inti atau ditembus dengan irisan; (u) senjata-senjata, proyektil dan material atau cara-cara berperang yang secara alamiah menyebabkan luka yang berlebihan atau penderitaan yang tidak perlu atau yang bersifat tidak pandang bulu yang melanggar hukum internasional tentang konflik bersenjata yang secara luas dilarang.

Dalam RKUHP 2004 terdapat pasal yang melarang pertanggungjawaban pidana korporasi untuk diberlakukan bagi tindak pidana genocide, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang.

Penentuan tersebut terdapat dalam Pasal 398 yang menyatakan bahwa: Ketentuan mengenai pertanggungjawaban pidana korporasi sebagaimana dimaksud dalam Buku I Bab II Bagian Kedua Paragraf 6 dan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 142 huruf c dan Pasal 150 huruf c tidak berlaku bagi tindak pidana genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 390 sampai dengan Pasal 395. Apabila dicermati ketentuan tersebut menimbulkan kerancuan, mengingat dalam rumusan Pasal 398 menyebutkan “..... pertanggungjawaban pidana korporasi sebagaimana dimaksud dalam Buku I Bab II Bagian Kedua Paragraf 6..... dihubungkan dengan kata **dan** untuk ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 142 huruf c dan Pasal 150 huruf c sebagai tidak berlaku terhadap tindak pidana genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 390 sampai dengan Pasal 395. Padahal ketentuan yang diatur dalam Pasal 142 huruf c dan Pasal 150 huruf c menyebutkan: (i). Pasal 142 huruf c: Kewenangan penuntutan gugur, jika: kedaluarsa; (ii). Pasal 150 huruf c: Kewenangan pelaksanaan pidana gugur, jika: terpidana mendapat grasi dan amnesti.

Ketentuan yang diatur dalam Pasal 142 huruf c dan Pasal 150 huruf c tersebut, pada dasarnya dapat dipandang sebagai pengecualian atau penyimpangan terhadap ketentuan umum, yaitu khusus terhadap *tindak pidana genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 390 sampai dengan Pasal*

395, sehingga ketentuan Pasal 142 huruf c dan Pasal 150 huruf c tidak untuk kejahatan-kejahatan tersebut, termasuk kejahatan perang sebagaimana telah diatur dalam Pasal 390 sampai dengan Pasal 395 RUU KUHP 2004.

Sedangkan, bila dibandingkan dengan ketentuan yang diatur dalam Buku I Bab II Bagian Kedua Paragraf 6 tidak demikian halnya. Ketentuan dalam Buku I Bab II Bagian Kedua Paragraf 6 yang mengatur mengenai korporasi mulai dari Pasal 44 sampai dengan Pasal 50 apakah juga dikecualikan terhadap kejahatan-kejahatan (termasuk kejahatan perang) sebagaimana dimaksud dalam Pasal 390 sampai dengan Pasal 395?

Apabila ketentuan Pasal 44 sampai dengan Pasal 50 hendak diberlakukan sama (yang dihubungkan dengan kata “dan”) dengan ketentuan Pasal 142 huruf c dan Pasal 150 huruf c, dirasakan agak janggal. Karena, dalam kejahatan perang dan sengketa bersenjata, bukan tidak mungkin korporasi dapat terlibat, yaitu melalui penyertaan sebagaimana diatur dalam Pasal 20 dan 21 RUU KUHP 2004 (lihat penguraian di atas).

Oleh karena itu, rumusan Pasal 398 perlu ditinjau ulang, dan khusus untuk pertanggungjawaban pidana korporasi seharusnya dapat diberlakukan untuk kejahatan perang. Meskipun demikian, yang perlu menjadi catatan sehubungan dengan pengecualian ketentuan Pasal 150 huruf c terhadap kejahatan perang sebagaimana telah disebutkan di atas, karena hal itu tampak bertentangan bila dikaitkan dengan ketentuan Pasal

6 ayat (5) Protokol Tambahan II (1977) yang menyebutkan: “Pada akhir permusuhan, pemerintah yang berkuasa harus memberikan kesempatan luas untuk pemberian amnesti bagi orang-orang yang telah turut serta dalam sengketa bersenjata, atau bagi mereka yang telah dirampas kemerdekaannya karena alasan-alasan yang berkaitan dengan sengketa bersenjata, baik mereka yang diasingkan atau ditahan”.

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa ketentuan Pasal 150 huruf c RUU KUHP 2004 tersebut tidak sesuai dengan prinsip hukum kebiasaan internasional sebagaimana yang terimplementasi dalam Pasal 6 ayat (5) Protokol Tambahan II (1977).

Kaitannya dengan pertanggungjawaban pidana korporasi dan penyertaan juga perlu diberlakukan terhadap perbuatan kejahatan perang, mengingat sipil dan korporasi dapat saja melakukan penyertaan dalam kejahatan perang, termasuk dalam kejahatan perang yang dilakukan oleh kombatan atau anggota pihak yang berperang. Bahwa korporasi juga dapat menanggung tanggungjawab pidana terhadap perbuatan kejahatan perang dapat di lihat dari kasus-kasus setelah perang dunia II yang menyangkut beberapa industrialis atau pengusaha.

Contohnya adalah kasus Zyklon B yang menyangkut dua orang industrialis jerman yang merupakan orang sipil. Mereka divonis di Pengadilan Jerman dengan hukuman mati sebagai pelaku kejahatan perang karena telah mensuplai gas beracun untuk kamp-kamp konsentrasi, sementara mereka tahu bahwa penggunaan bahan tersebut

adalah untuk membunuh warga negara sekutu.(*in the Zyklon B case two german industrialists, undoubtedly civilians, were sentenced to death as war criminalis for having been instrumental in the supply of poison gas to concentration camps, knowing of its use there in murdering allied nationals*).¹⁸³

Mencermati akan kasus tersebut maka dapat dimungkinkan juga pertanggungjawaban atasan dalam hal ini sipil atau polisi , dapat diberlakukan pertanggungjawaban pidana korporasi dalam pelaku kejahatan perang. Dimana kedudukannya boleh dikatakan sebagai pelaku (*plegen*) dan sebagai turut serta melakukan (*medeplegen*). Dalam hal sebagai pelaku apabila seorang atasan mengetahui bahwa bawahannya sedang melakukan atau baru saja melakukan kejahatan perang (dalam hal ini mensuplai gas-gas beracun untuk Camp-camp yang akhirnya dapat mengorbankan banyak orang) dan ia tidak mengambil tindakan yang layak dan diperlukan sesuai kewenangannya untuk mencegah dan menghentikan perbuatan tersebut, sedangkan sebagai *medeplegen* atasan tersebut tidak mengetahui bahwa bawahannya melakukan kejahatan perang. Namun dalam hal ini pertanggungjawaban atasan lebih cenderung pada *medeplegen* karena yang menjadi objek dalam kejahatan tersebut merupakan benda yang tidak bergerak yaitu gas-gas yang sulit dibuktikan, beda dengan pertanggungjawaban komandan yang kedudukannya sebagai pembuat (pelaku) karena secara langsung ia

¹⁸³ Knut Dormann, *Elements of war Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, United Kingdom 2004, hal. 34-35.

mengetahui bahwa pasukannya sedang melakukan atau baru saja melakukan suatu kejahatan/pelanggaran.

Bab IV

P E N U T U P

A. Kesimpulan

Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan terhadap 2 (dua) pokok permasalahan yaitu; Bagaimana praktek penerapan Tanggungjawab Komando dalam kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat di Indonesia serta bagaimana pengaturan tanggung jawab komando terhadap pelanggaran HAM yang berat dan kejahatan perang dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia, maka penulis berkesimpulan:

Dari permasalahan pertama, diperoleh kesimpulan sebagai berikut;

1. Tidak ada konsistensi aparat penegak hukum dalam menerapkan doktrin tanggung jawab komando pada kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat baik dalam kasus Timor Timur dan Tanjung Priok. Hal ini antara lain disebabkan perumusan ketentuan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang berbeda dengan rumusan dari ketentuan tentang tanggung jawab komando yang diterima umum oleh masyarakat internasional, sebagaimana yang diatur dalam Pasal 28 Statuta ICC.
2. Pada kasus Timor Timur terdapat perbedaan penafsiran yang cukup signifikan antara Majelis Hakim di Pengadilan tingkat pertama. Majelis Hakim yang satu berpendapat bahwa tanggung jawab komando dapat

dikenakan pada terdakwa tanpa harus dibuktikan dahulu kesalahan yang dilakukan oleh anak buah di lapangan, tetapi Majelis Hakim yang lain berpendapat bahwa seorang komandan militer atau atasan sipil hanya dapat dipertanggungjawabkan apabila sudah dibuktikan terlebih dahulu adanya kesalahan yang dilakukan oleh anak buahnya di lapangan. Dalam hal ini masing-masing Majelis Hakim berbeda pendapat mengenai sifat dari tanggung jawab komando apakah sebagai delik omisi atau sebagai delik komisi. Dalam kasus Tanjung Priok, inkonsistensi pihak JPU dalam menerapkan ketentuan-ketentuan yang mengatur tentang tanggung jawab komando menimbulkan persoalan hukum, dengan menggunakan dasar dakwaannya berpedoman pada ketentuan KUHP, yang tidak mengatur tentang "*extra ordinary crimes*" yang berarti ada jangka waktu daluwarsanya.

3. Tanggung jawab seorang komandan militer atau atasan sipil sebagaimana yang diatur dalam Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 yang diterapkan dalam kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat dikategorikan sebagai delik *ommision* (pembiaran). Dengan demikian maka pertanggungjawaban pidana komandan cenderung merupakan masalah *actus reus* dan bukan masalah *mens rea*, yang berarti pertanggungjawaban komandan merupakan masalah perumusan tindak pidana.

Dari permasalahan yang kedua, diperoleh kesimpulan sebagai berikut::

1. Pengaturan tanggung jawab komandan terhadap pelanggaran HAM yang berat dan kejahatan perang sudah diatur dalam RKUHP 2005, dalam Pasal 394-403. Namun dalam Pasal 401 ayat 1 terdapat kata-kata yang tidak sepadan dengan Statuta Roma 1998 salah satunya ditiadakannya unsur bertanggung jawab secara pidana, yang kemudian menimbulkan bahwa pertanggungjawaban seorang komandan militer bisa juga secara administratif atau dikenakan pertanggungjawaban disiplin. Begitu juga dengan digantinya kata “harus” dengan kata “dapat” mencerminkan bahwa pertanggungjawaban komandan militer sebagaimana dimaksud ayat 1 tersebut tidak bersifat keharusan melainkan opsional. Sebaliknya dalam Pasal 401 ayat 2 RKUHP 2005 tercantum kata secara pidana. Dengan demikian pertanggungjawaban atasan non militer terhadap pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan oleh bawahannya justru lebih berat daripada pertanggungjawaban komandan militer karena dalam ayat (1) huruf (a) tercantum “dapat dipertanggungjawabkan” sedangkan ayat (2) tentang atasan non militer dinyatakan “bertanggung jawab secara pidana”.

2. Dalam Pasal 32 RKUHP 2005 seharusnya dikecualikan dari perbuatan kejahatan perang. Alasannya karena dalam Hukum Humaniter internasional tidak membebaskan pelaku pelanggaran berat HHI dari tanggung jawab perbuatannya.

3. Pertanggungjawaban komandan dapat juga berdasarkan atas penyimpangan asas kesalahan yaitu asas *strict liability* dan asas *Vicarious liability* karena adanya hubungan sebagai atasan dan bawahan, bahkan dapat dimungkinkan juga pertanggungjawaban korporasi bagi seorang atasan dalam hal pelaku kejahatan perang dengan melalui perbantuan dalam berlangsungnya tindak pidana.

B. Saran-saran

1. Perlu adanya ketentuan hukum acara sendiri untuk UU No. 26 tahun 2000 sebagaimana *rules and procedure* yang terdapat pada Statutat ICTY, ICTR dan ICC. Hal tersebut akan memudahkan penyelidik, penyidik, penuntut, dan proses pemeriksaan di Pengadilan. Hal tersebut juga akan menghindarkan penafsiran yang berbeda antara penyelidik dan penyidik mengenai ketentuan tertentu dalam proses penyelidikan (seperti harus atau tidaknya dibuat berita acara “pemeriksaan saksi” , dalam hal afirmatif, apakah tepat apabila berita acara demikian disebut berita acara “pemeriksaan”, karena penyelidik tidak memeriksa melainkan hanya meminta keterangan, harus disumpah atau tidaknya penyelidik atau saksi). Salah satu kelemahan yang mencolok juga dari praktek atas penyelesaian kasus-kasus pada Pengadilan HAM (Ad Hoc dan permanen) adalah ketiadaan unsur-unsur delik (“*element of crimes*”). Oleh sebab itu disarankan agar ketentuan tentang tindak pidana kejahatan (dan juga

tindak pidana lainnya) dilengkapi dengan rumusan unsur-unsur deliknya. Hal ini dimaksudkan untuk memudahkan penerapan dari ketentuan atas jenis tindak pidana yang bersangkutan.

3. Dengan diaturnya pengaturan perbuatan kejahatan perang dan pelanggaran HAM yang berat ke dalam RKUHP maka, sebaiknya perumusannya serta penerapan sepadan dengan instrumen hukum internasional, sehingga dapat memudahkan proses penyelesaian pelanggaran HAM yang berat serta kejahatan perang mulai dari tahap penyelidikan sampai tahap pemeriksaan di pengadilan.

3. Dalam rangka mengejar standar hukum internasional dan untuk memberikan kepastian hukum bagi para anggota angkatan perang, maka seharusnya Pasal 32 RKUHP dihapuskan atau sekurang-kurangnya disesuaikan dengan apa yang terdapat dalam Article 33 Statuta Roma.

4. Perlunya pengaturan dalam RKUHP mengenai penyimpangan asas *Culpabilitas* dalam kaitannya dengan pertanggungjawaban komandan/atasan mengingat komandan/atasan dapat dipertanggungjawabkan secara *strict liability* serta *Vicarious liability* bahkan dalam hal korporasi, karena tidak menutup kemungkinan korporasi juga dapat dipertanggungjawabkan sebagai perbantuan dalam kejahatan perang didalam ia menyediakan sarana-sarana sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 397 RKUHP 2005 khususnya butir r-u.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdullah Mustafa, dkk, 1983, *Intisari Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia.
- A.A.G Peters, dan K. Siswosoebroto, (eds), 1990. *Hukum dan Perkembangan Sosial*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta
- Amrullah, M. Arief, 2003, *Politik Hukum Pidana dalam rangka Perlindungan Korban Kejahatan Ekonomi di bidang Perbankan*, Malang: Bayumedia Publishing.
- Akehurst, M, 1978. *A Modern Introduction to International Law*, George Allen and Unwin, London/Boston/Sydney.
- Andi Hamzah, 1994. *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta.
- Arlina Permanasari, Dkk (ed.), 1999. *Pengantar Hukum Humaniter*, International Committee of the Red Cross, Jakarta.
- , 1995 *Pembaharuan Hukum Pidana*, Cetakan Pertama, angkasa Bandung.
- , 2000 *Perbandingan Hukum Pidana*, cetakan pertama, Mandar Maju, Bandung,
- Kusumohamidjojo, 1986. *Suatu Studi Terhadap Aspek Operasional Konvensi Wina Tahun 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional*, Binacipta, Bandung.
- Bambang Poernomo, 1982. *Asas-asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Black, Henry Cambell MA, 1979. *Black's Law Dictionary*, St. Paul. Minn, West Publishing Co, St. Paul.
- Burnett, Weston D., 1985, *Command Responsibility and Acase Study of the Criminal Responsibility of Israel Military Commanders for the Proqram at Shatila and Sabra*, 107 *Military Law Review*.
- Chazawi Adami, 2005, pelajaran hokum Pidana I, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- De Robers, 1998. *To Serve and To Protect, Human Rights and Humanitarian Law for Police and Security Forces*, International Committee of the Red Cross, Geneva.

Dorman, Knut, *Elements of war Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, United Kingdom 2004,

Diane F. Orentlicher, *Crimes of War What the Public Should Know*, PJTV – Internews Europe.

Dirdjosisworo, 2002. *Pengadilan Hak Asasi Manusia Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung.

Eddy Djunaedi Karnasudirdja, 2003. *Dari Pengadilan Militer Internasional Nuremberg ke Pengadilan Hak Asasi Manusia Indonesia*, Tatanusa, Jakarta.

-----, 2006, *Tanggung Jawab Seorang Atasan terhadap bawahan yang melakukan Pelanggaran HAM Berat Dan penerapannya Oleh Pengadilan Pidana Internasional Dan Pengadilan Hak Asasi Manusia Indonesia*, Tetanusa, Jakarta.

-----, 2004. *Superior Responsibility and Defence of Superior Orders, Pertanggungjawaban Seorang Atasan dan Pembelaan Bawahan Melaksanakan Perintah Atasan (Makalah)*.

Eckhardt G. William, 1982 *Command Criminal Responsibility: A plea for a Workable Standard*, 97 *Military law Review*.

Farid Zainal Abidin, 1995, *Hukum Pidana I*, Sinar Grafika, Jakarta Forsythe, D.P, 1993. *Human Rights and Worlds Politics*, Saduran Tom Gunadi, *Hak-hak Asasi Manusia dan Politik Dunia*, Angkasa, Bandung.

GPH. Haryomataram, 1994. *Sekelumit tentang Hukum Humaniter*, Sebelas Maret University Press, Surakarta.

Hamzah Hatrik, 1996, *Asas pertanggungjawaban Korporasi Dalam hukum pidana Indonesia (strict Liability dan Vicarious liability)*, Rajagrafindo, jakarta.

Hanitijo, Ronny, 1990, *Metodologi Hukum Yurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta,

Hartono, 1991. *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung.

Huda Chairul, 2006, *Dari Tiada Pidana Tanpa kesalahan menuju kepada Tiada pertanggungjawaban Pidana tanpa kesalahan*, Prenada media, Jakarta.

Hulsman, 1984 *Sistim Peradilan Pidana Dalam Perspektif Perbandingan Hukum Pidana*, Rajawali Pers, Jakarta

Hutauruk, 1982. *Tentang dan Sekitar Hak-hak Azasi Manusia dan Warganegara*, Erlangga, Jakarta.

Jimly Asshiddique, 1998. *Agenda Pembangunan Hukum Nasional di bad Globalisasi*. Balai Pustaka, Jakarta.

Jones, S, 2002. *The Anatomy of Conflicts In Post-Soeharto Indonesia*, The 2002 Panglaykim Memorial Lecture, Jakarta.

Danuredjo, *Pengantar Hukum Internasional*, Jilid I, Aksara Persada Indonesia, Jakarta

.Lubis, 1993. *Hak-hak Asasi Manusia Dalam Masyarakat Dunia, Isu dan Tindakan*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta.

Machmud Abdullah dan R. Achmad, 1983. *Intisari Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta.

Marpaung Leden, *Unsur-unsur perbuatan yang dapat dihukum*, 1991, Sinar Grafika, Jakarta.

Mochtar Kusumaatmadja, 1978. *Pengantar Hukum Internasional*, Binacipta, Bandung.

_____, 1979. *Konvensi-konvensi Palang Merah Tahun 1949*, Binacipta, Bandung.

Moeljatno, 1987. *Pertanggung Jawab Pidana*, Aksara Baru, Jakarta.

-----, 1993, *Azas-azas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, jakarta.

Muhammad, Abdulkadir, 2004, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Citra Aditya Bhakti, Bandung.

Muladi dan Nawawi Arief, Barda, 1984, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Bandung: Alumni.

Muladi, dkk, 1991, *pertanggungjawaban Korporasi Dalam hukum pidana*, STH, Bandung.

Muladi, 2002, *demokratisasi, Hak Asasi manusia, dan reformasi Hukum di Indonesia*, the Habibie Center, jakarta.

Nawawi Arief, Barda, 1996, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti Bandung.

-----, 1998, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bandung,

-----, 2005, *Pembaharuan Hukum Pidana Dalam perspektif Kajian perbandingan* , Citra Aditya Bandung.

Otje C. Kaligis, 2002a. *Peradilan (Politik) HAM di Indonesia Jilid I*, O.C. Kaligis & Associates, Jakarta.

_____, 2002b. *Peradilan (Politik) HAM di Indonesia Jilid II*, O.C. Kaligis & Associates, Jakarta.

P.A.F. Lamintang, 1997, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Citra Aditya Bhakti, Bandung
Pictet, J, 1985. *Development and Principles of Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht.

_____, 1988, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, hal.

Prakoso Djoko, 1987, *Pembaharuan Hukum Pidana Di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta.

Prinst, D., 2002. *Peradilan Militer*, Citra Aditya Bakti, Bandung.

Priyatno Dwidja, 2004 *Kebijakan legislasi tentang sistim Pertanggungjawaban Pidana korporasi Di Indonesia*, CV. Utomo, Bandung.

Prasetyo Teguh, dkk, 2005, politik Hukum Pidana Kajian kebijakan Kriminalisasi dan dekriminialisasi, Pustaka pelajar, yogyakarta.

Prodjodikoro Wirjono, 1986, *Asas-asas Hukum Pidana Di Indonesia*, Eresco Bandung.

Prodjohamidjojo Martiman, 1997, *Memahami Dasar-dasar hukum Pidana Indonesia Bagian 2*, 1997, Pradnya paramita.

Reksodiputro, Mardjono, 1994, *Hak Asasi Manusia dalam Sistem Peradilan Pidana*, Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum (d/h Lembaga Kriminologi) UI.

Ridwan Halim, *Hukum Pidana Dalam Tanya Jawab*, 1986, Ghalia Indonesia.

Roeslan Saleh, 1968, *Perbuatan Pidana Dan Pertanggungan Jawab Pidana*, Centra, Jakarta.

_____, 1982, *Pikiran-pikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Jakarta: Ghalia Indonesia.

_____, 1983, *Perbuatan Pidana Dan Pertanggungjawaban Pidana*, 1983, Aksara Baru, Jakarta

Romli Atmasasmita, 1995. *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Eresco, Bandung.

Saleh Wantjik Effendi, 1994. *Dimensi / Dinamika Hak Asasi Manusia Dalam Hukum Nasional dan Internasional*, Ghalia Indonesia, Jakarta.

Schaffmeister et.al., 1995, *Hukum Pidana* (diterjemahkan oleh J.E. Sahetapy), Liberty, Yogyakarta

Satjipto Rahardjo, 1980, *Hukum Masyarakat Dan Pembangunan*, Alumni Bandung

Seno Adjie, Oemar, 1981, *Herziening, Ganti Rugi, Suap, Perkembangan Delik*, Erlangga, Jakarta.

Soemitro, dkk, *Sari Hukum Pidana*, 2002, Mitra Prasaja Offset, Yogyakarta,

Soerjono Soekamto, 1979, *Masalah kedudukan dan peranan hukum Adat*, Academica, Jakarta.

-----, 1982. *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, Rajawali Pers : Jakarta.

-----, dan S Mamudji, 2001. *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Pengantar*, Rajawali Pers, Jakarta.

-----, S.R, 1983. *Tindak Pidana di KUHP Berikut Uraiannya*, Alumni AHM-PTHM, Jakarta.

S.R Sianturi, 1982, *Hukum Pidana Perbandingan*, Alumni AHM-PTHM, Jakarta.

Starke, J. G., 1989. *Introduction to International Law*, Saduran Sumitro L.S.

Sudarto, 1981, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni Bandung.

-----, 1983b, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni Bandung.

-----, 1983, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana*, Sinar Baru, Bandung.

-----, 1986, *Hukum Dan Hukum Pidana*, Alumi, Bandung.

-----, 1987, *Hukum Pidana I*, yayasan Sudarto, fakultas hukum UNDIP, Semarang.

Reid, Sue Titus, 1995, *“criminal Law,”* New jersey: prentice Hall.

Thontowi, 2002. *Hukum Internasional di Indonesia*, Madyan Press, Yogyakarta.

Usfa Fuad, dkk, 2004, *pengantar Hukum Pidana*, Universitas Muhammadiyah, malang.

Verri, Pietro, 1992. *Dictionary of the International Law Armed Conflict, International Committee of the Red Cross*, Geneva.

Wibisono, 998, *Perkembangan Ideologi-ideologi Dunia dan Ketahanan Nasional, Sumbangan Ilmu Sosial Terhadap Konsepsi Ketahanan Nasional*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta.

Zamhari Abidin, *Pengertian dan asas Hukum Pidana dalam Schema dan Synopsis*, 1986, Ghalia Indonesia.

Peraturan Perundang-undangan.

Anonymous, 1997. *Undang-Undang No. 31 Tahun 1997 Tentang Peradilan Militer*, Harvarindo, Jakarta.

_____, 1999. *Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia*

_____, 2000. *Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia*, Sinar Grafika, Jakarta.

_____, 2002. *Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara RI*, Citra Umbara, Bandung.

_____, 2003. *Undang-Undang No. 3 Tahun 2002 Tentang Pertahanan Negara*, Citra Umbara, Bandung.

_____, 2004. *Undang-Undang No. 34 Tahun 2002 Tentang Tentara Nasional Indonesia*, Citra Umbara, Bandung.

Undang-undang no. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM
Naskah Akademik Rancangan KUHPM, 2005, Departemen Pertahanan,

RKUHP 2004 dan 2005

Rome Statute of International criminal court 1998

Statute of the ICTY, 1993

Statute of the ICTR, 1994

Makalah-Makalah

Elsam, makalah Tanggung jawab komando

-----, Dalam makalah *Konsep dan Unsur-unsur tanggungjawab komando*.

-----, Makalah Kejahatan Terhadap kemanusiaan

Fadillah Agus, makalah Tanggungjawab Komando, dalam Seminar "*Judging international Crimes under law 26/2000*", Mahkamah Agung RI-Danish Institute for human Rights, Medan 24-26 April 2005.

Natsri Anshari, *Makalah Tanggungjawab komando Menurut Hukum Internasional dan Hukum nasional Indonesia*

Nawawi Arief, Barda, Makalah *Masalah Penegakan Hukum Dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, 2000, Magister Ilmu Hukum UNDIP, Semarang. Hal.80

-----, dalam makalah pada Seminar “*Pengaturan Kejahatan Perang hukum Pidana Nasional*”, diselenggarakan oleh pusat studi hukum Militer STHM”AHM-PTM, Jakarta, Tgl 22 September 2004.

-----, “*Formulasi Kejahatan Perang Dalam Perundang-undangan Nasional*”, Paper Seminar UNISBA-ICRC, Bandung 12 Juli 2005.

Paul Dalton, dalam makalah “Konsep Serangan yang meluas atau sistematis terhadap penduduk sipil, dalam seminar *Advanced training for Indonesian Human Rights Courts: “judging International Crimes Under law 26/2000”* yang diselenggarakan oleh Mahkamah Agung RI-Danish Institute for Human Rights. Medan 24-26 April 2005.

Rudi Rizki pada Presentasi “*Catatan tentang HAM*”

Sihombing, dalam makalah, *Perintah Atasan dan pertanggungjawaban Komando dalam Kejahatan Perang*, dalam seminar “Problematika Kejahatan Perang dalam hukum Pidana Indonesia”, yang diselenggarakan oleh Pusat kajian HAM dan Hukum Humaniter UNISBA-The International Committee of The Red Cross (ICRC), Bandung 2005.

Sriyana, *Makalah Unsur meluas Atau Sistematis dalam pelanggaran HAM yang Berat*.

Lain-lain

Human Rights Watch <http://WWW.hrw.org/press/index>. hatm 2004

Human Rights Watch, *Genocide War Crimes and Crimes Against Humanity, Topical Gigest of the Case Law of The International Criminal Tribunal for Rwanda and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*

Majalah Nur`aini 2000

Natsri Anshari, Dalam Artikel *Tanggung Jawab Komando Menurut Hukum Internasional dan hukum nasional Indonesia*, Jurnal Hukum Humaniter Vol.1 No.1, Edisi Juli 2005, Pusat Studi Hukum Humaniter Dan HAM (terAS) Fakultas Hukum Universitas TRISAKTI.

Kompas, 11 Agustus 2004

Penelitian Pencegahan Dan Penanggulangan Kejahatan Perang Dalam Hukum Pidana, kerja sama antara Universitas Jember, Bhayangkara Surabaya, Unika Sugiyapranata-ICRC, Jakarta, 2005.

Position Paper Advokasi, RUU KUHP seri #7,

Prosecutor vs Kordic and Cerkez, ICTY Case No.IT-95-14/2 (Trial Chamber), February 26, 2001 para.416

Putusan Pengadilan HAM Ad Hoc Jakarta Pusat No. 03/Pid.B/HAM AD HOC/2002/PN. Jakarta Pusat dalam perkara terdakwa Herman Sedyono, dkk.

Putusan Pengadilan HAM Ad Hoc Jakarta Pusat No.08/Pid.B/HAM AD HOC/2002/PN.Jakarta dalam perkara terdakwa Letkol.inf.Soedjarwo.

Putusan Pengadilan HAM Ad Hoc Jakarta Pusat No. 11/Pid.B/HAM AD HOC/2002/PN.Jakarta dalam perkara terdakwa Kolonel inf. Yayat Sudrajat.

Round Table Discussion “Amandemen UU No.26/200 tentang Pengadilan HAM” yang diselenggarakan oleh KOMNAS HAM, pada 15-16 Agustus 2005, di hotel Redtop, Jakarta.